Política y Derecho

Teoría general del Estado

Georg Jellinek

Prólogo y traducción de Fernando de los Ríos



cf

SECCIÓN DE OBRAS DE POLÍTICA Y DERECHO

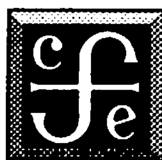
TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Traducción de
FERNANDO DE LOS RÍOS

GEORG JELLINEK

TEORÍA GENERAL DEL ESTADO

Prólogo de
FERNANDO DE LOS RÍOS



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Segunda edición en alemán, 1911
Primera edición en español, 2000
Segunda reimpresión, 2004

Jellinek, Georg
Teoría general del Estado / Georg Jellinek ; trad. y prólogo de Fernando de los Ríos. — México : FCE, 2000
687 p. ; 23 × 15 cm — (Colec. Política y Derecho)
Título original Allgemeine Staatslehre
ISBN 968-16-5950-3

1. Estado — Teoría de 2. Política I. Ríos, Fernando de los, prol. II. Ser III. t

LC JC233 J472 Dewey 320.1 J763t

Comentarios y sugerencias: editor@fce.com.mx
Conozca nuestro catálogo: www.fondodeculturaeconomica.com

Esta edición ha sido realizada con la colaboración
y autorización desinteresada de la Fundación Fernando de los Ríos,
propietaria de los derechos de autor

Título original: *Allgemeine Staatslehre*

ISBN 968-16-5950-3

Impreso en México • *Printed in Mexico*

La Fundación Fernando de los Ríos, propietaria de los derechos de autor de esta traducción, autorizó desinteresadamente la presente edición, como homenaje a don Fernando de los Ríos, en el 50 aniversario de su fallecimiento en Nueva York en 1949.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Esta obra debe su aparición tanto al deseo, bien comprensible en el autor, de ofrecer el resultado de su vida científica —la cual hasta ahora no se había dado a conocer sino por monografías— en una unidad sistemática, cuanto al interés que tiene para él como profesor indicar a sus oyentes un libro en que se muestre el estado actual de la ciencia y en donde se encuentren expuestas literariamente sus explicaciones de cátedra sobre los problemas esenciales.

Pero este libro no se dirige tan sólo a especialistas y estudiantes. El interés por los problemas fundamentales del Estado ha decaído hoy, sin duda alguna, y ha tomado un valor predominante la cuestión social, no logrando conquistar la atención del público otros trabajos sobre doctrina del Estado sino aquellos que se presentan bajo la rúbrica de moda: política social o sociología.

Más de una generación ha vivido sin que haya aparecido una sola obra sobre estas materias que rompiese y saliese del estrecho círculo de especialistas; no hay duda de que la ciencia es culpable de ello. ¡Cuán pocos resultados firmes puede mostrar! Todo se discute en ella: método, plan y objeto, modos de determinar los hechos y de ponerlos en práctica. La minuciosidad extrema, microscópica, de los nuevos métodos de investigación ha puesto fin a la confianza de los antiguos creyentes, y allí donde se creía ver un axioma firme ha surgido un mar de dudas.

Y no obstante, ningún pueblo poderoso puede carecer en ningún momento de su vida de una doctrina del Estado, y la ciencia a su vez, en su progreso incesante, debe tratar de fijar en qué consiste el Estado de su tiempo y explicarlo para su tiempo igualmente. Esto es lo que se propone la presente obra: hacer asequibles los resultados de las nuevas investigaciones a un círculo dilatado de personas.

Y con esto queda dicho cuál ha de ser la forma en que hayamos de hacer la exposición. De un lado, no puede dar por supuesto lo que sólo es conocido de los especialistas, y de otro, necesita hacer que el lector atraviese por entre infinidad de controversias, guiado por el punto de vista del autor, sin extraviarse en las polémicas de las opiniones divergentes. Las indicaciones bibliográficas están destinadas igualmente a los no iniciados; nos ha sido, pues, necesario hacer una selección de los innumerables trabajos sobre doctrina del Estado o que con ello se relacionen. El especialista mismo hallará en todas las cuestiones impor-

tantes, y singularmente en el último libro, una literatura abundante y utilizable. Para evitar repeticiones, cuando se trata de literatura antigua me remito frecuentemente a mis trabajos anteriores.

Acerca del plan y contenido de la obra en su conjunto he expuesto mis ideas en el libro primero, en las investigaciones preliminares. La obra presente constituye por sí misma una obra completa. Si en alguna ocasión se encuentra demasiado breve la explicación, se hallará una ampliación de la misma en la segunda parte. La doctrina especial del Estado debe tener como objeto la exposición de las instituciones particulares del Estado moderno con especial referencia a Alemania. Para no hacer interminable este trabajo necesita cristalizar los resultados alrededor de un punto muy concreto, que no puede ser otro sino el Estado nacional y el derecho de este Estado.

Heidelberg, julio de 1900

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Me han pedido una segunda edición de la *Teoría general del Estado* a poco de haberse publicado la primera, sin que me haya sido posible acabar el segundo volumen de la obra.[1] Igualmente está en preparación una excelente traducción francesa, en parte ya publicada,[2] y antes de dos años verá la luz una traducción rusa. Éste es un signo bien claro de que vuelve a renacer el interés por los problemas de la doctrina general del Estado en el impulso general de la vida contemporánea, impulso que trata de abrazar, de coger en sí, el número enorme de investigaciones particulares dirigidas a todas las ramas del saber, vivificando de este modo una multitud de hechos llenos de significación.

Esta nueva edición no sólo ha sido revisada y mejorada toda ella, sino que ha sufrido muchas modificaciones y una ampliación no desestimable, y en algunos capítulos, como en el XI, ha sido introducida una gran parte totalmente nueva.

La literatura que ha aparecido desde que vio la luz la primera edición y que ha venido a explicar y aclarar la doctrina general del Estado, se ha aprovechado. También se han introducido aclaraciones críticas. Por el contrario, muchas observaciones polémicas de la primera edición se han omitido en la segunda.

GEORG JELLINEK

Heidelberg, julio de 1905

[1] Este segundo volumen a que el autor se refiere no ha sido publicado. [N. del T.]

[2] Se publicó en 1903 tan sólo el libro primero, que comprende los cuatro primeros capítulos, y en 1911 ha aparecido un volumen que contiene la primera y segunda partes, sin haber introducido en dicha primera parte las modificaciones y adiciones que hizo el autor en la edición que ofrecemos. [N. del T.]

PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

I. Introducción

Jellinek

La obra cuya traducción ofrecemos a los lectores no responde totalmente al plan que su autor se trazara; la muerte le impidió llevar a cabo su propósito. Jellinek murió el 12 de enero de 1911, cuando aún se esperaba de él —había nacido el 16 de junio de 1851— que continuara durante largo tiempo su labor espléndida en pro del enriquecimiento de la ciencia política. Su obra capital, *Teoría general del Estado (Allgemeine Staatslehre)*, había de ir seguida, en el plan que él concibiera, de una segunda parte: *Teoría especial, particular, del Estado (Besondere Staatslehre)*, de la que sólo conocemos un esquema publicado después de su muerte, juntamente con otros muchos estudios inéditos, por el hijo del autor.[1]

La vida científica del profesor Jellinek ha sido sumamente fecunda; sus obras van traduciéndose a todos los idiomas, y el influjo que su doctrina ejerciera al principio en el círculo limitado de los países de lengua alemana, va extendiéndose sin cesar. El centro ideal de sus preocupaciones lo formaron "las cuestiones de ética, la investigación de los valores de la vida humana. En su disertación doctoral acerca del optimismo de Leibniz y el pesimismo de Schopenhauer, se decide por el primero, y más tarde se dedica a trabajar por determinar conceptualmente el lugar que corresponde al derecho en su conexión con la vida ética de la comunidad".[2]

Propósitos del prólogo

¿En qué relación se encuentra la concepción jurídica de Jellinek con las que le han precedido en el moderno derecho público alemán?, ¿qué mo-

[1] *Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellinek.* Dos volúmenes editados por W. Jellinek y precedidos de un breve prólogo de W. Windelband, Berlín, 1911, O. Häring. La parte relativa a la *Teoría especial del Estado*, meramente abocetada, comprende: El monarca.—El parlamento.—El ministerio.—Los servicios públicos.—Las comunidades.—Las funciones del Estado. Además de lo expresamente agrupado bajo el título de *Teoría especial del Estado* hay otros estudios que indudablemente habrían hallado cabida en esta parte de la obra. (Véase lo que dice a este respecto W. Jellinek en el prólogo, página xv, y además véanse los estudios contenidos en las pp. 365-396 y 404-508.)

[2] Windelband, *op. cit.*, t. I, pp. VII-VIII.

dificaciones introduce en ellas? Hay dos nombres preclaros en la ciencia jurídica alemana sin los cuales no podemos darnos cuenta de la genealogía de las ideas del profesor G. Jellinek; estos dos nombres son los de Gerber y Gierke; de ambos es deudor de algunos principios fundamentales de su teoría.

En las páginas que siguen hemos de intentar aclarar esta afirmación. Procuraremos exponer la doctrina de Jellinek con brevedad suma, en aquello que este volumen puede suficientemente explicar, dando alguna mayor extensión a la exposición del problema capital de los derechos públicos subjetivos, al que consagró el autor una de sus obras más fundamentales y bellas y que mayor trascendencia ha tenido; y lo haremos así porque en torno a este problema se mueve todo el sistema del derecho público.

II. Genealogía de la teoría de Jellinek

Gerber: su importancia

De Gerber arranca el moderno derecho público alemán, y aun hasta cierto punto la concepción general que ha prevalecido durante algún tiempo en la Europa continental, en lo que a esta disciplina jurídica respecta.[3] Las dos nociones fundamentales de la teoría jurídica del Estado —a saber, la concepción del poder público como derecho del Estado y la de la personalidad moral de éste—, si no puede decirse que se deban a él totalmente, sí puede afirmarse que mediante el método con que fueron tratadas por él es como han llegado a ser el punto de partida de la moderna teoría jurídica del Estado.[4]

En el año 1837 W. E. Albrecht publicó una nota crítica en *Göttinger gelehrte Anzeigen*, III, y en ella decía: "Nos vamos a ver obligados a representarnos el Estado como una persona jurídica".[5] Tal afirmación levantó

[3] Digo Europa continental porque la práctica y la teoría inglesas se apartan de la que vamos a exponer. A la noción del Estado-persona opone Inglaterra, con su régimen constitucional, la del Estado-*trust*, el Estado como relación entre los órganos supremos, no como unidad jurídica cerrada arquitectónicamente. (Véase Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, Tubinga, 1905, I, pp. 81 y 249.) Esta doctrina arranca en Inglaterra de su primer gran comentarista del derecho constitucional, Blackstone, en sus *Commentaries*, publicados en 1765. Es interesante hacer ver cómo habiendo sido los teorizadores ingleses del siglo XVII, especialmente Hobbes (*De Cive*, caps. V y IX: "*Unio autem sic facta, appellatur civitas, sive societas civilis, atque etiam persona civilis*", y en el § X del mismo capítulo: "*Civitas omnis persona civilis sit*"), quienes dieron al Estado el valor de persona, es hoy Inglaterra una excepción en concebirlo así.

[4] Los orígenes de la doctrina del Estado-persona arrancan de la escuela de derecho natural, y por lo que toca a Alemania, parece que se debe a Puffendorf, *De jure nat. et gent.*

[5] Véase p. 1491. La nota era acerca del libro de Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen Deutschen Staatsrechts*.

una protesta del que más tarde había de ser portavoz de esta misma doctrina. La protesta se debió a Gerber, cuando publicó su estudio *Sobre el derecho público (Über öffentliche Rechte,* Tubinga, 1852). En la página 20 de este libro contestó de esta suerte a Albrecht: "Esa noción de personalidad no es jurídica, porque no significa la capacidad de dirigir su voluntad sobre la dominación de un objeto; se trata de un concepto ético porque expresa la conciencia de su propia existencia, la conciencia de su unidad moral".

Gerber y la metodología jurídica

En el año 1865 apareció la primera edición de la preciosa obra de Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht (Fundamentos de un sistema del derecho político alemán),*[6] dedicada precisamente a Albrecht. En el prólogo exponía el autor su propósito, que era el de "investigar y exponer el derecho político desde un punto de vista exclusivamente jurídico",[7] y no filosófica o políticamente, como venía siendo tratado. Era pues preciso un nuevo intento de sistematización científica "que aclarase la relación jurídica de los fenómenos particulares y explicase las instituciones como fruto de una sola idea fundamental";[8] esto es, el autor aspiraba a fundar la sistemática del derecho político y precisar su valor como disciplina sustantiva.

¿Qué alcance tiene este propósito? Hacer obra científica es hacer labor de unificación, y la historia de cada disciplina particular es la serie de los intentos llevados a cabo para resolver en una unidad suprema la variedad que va sin cesar naciendo ante ella. El conocimiento se realiza mediante la operación de determinar, esto es, de limitar; por ejemplo, el conocimiento del color, estudiando en el mundo físico la extensión de este fenómeno; el del derecho, viendo de abarcar en la unidad de este concepto la totalidad de las relaciones jurídicas. Es decir, para que una ciencia sea tal, ha menester, primero, mostrar la homogeneidad de los fenómenos que estudia, caracterizarlos, y segundo, y como derivación de ello, legitimar dentro de la sistemática del conocimiento el principio que sirve de base a la nueva disciplina, todo lo cual equivale a afirmar que fundar una ciencia es fundar un método.

Gerber deja una huella perdurable en la ciencia del derecho político,

[6] Traduzco *Staatsrecht* por derecho político, no sin comprender que a veces no son equivalentes estos términos; pero el otro con que pudiera traducirse, derecho público, tiene vocablo especial en alemán para ser designado: *Öffentliche.* Además, de este modo ha sido interpretado por personas tan competentes como los señores Dorado Montero *(Gumplicwicz: derecho político filosófico,* La España Moderna) y Posada en infinidad de trabajos.

[7] Jellinek, *Teoría general del Estado,* p. 53, y Gerber, *Grundzüge,* Vorrede, p. VIII.

[8] *Grundzüge,* p. VII.

porque pone un problema: el de exigir que sea tratada esta disciplina no bajo un aspecto ético o social, como había venido siendo estudiada, sino de un modo estrictamente jurídico. "El punto de vista jurídico —escribe— en el estudio del Estado, considera ante todo este hecho: que el pueblo se ha convertido, gracias al Estado, en colectividad jurídica, consciente de sí misma y capaz de querer, o en otros términos, que el pueblo se eleva mediante el Estado a personalidad jurídica."[9] Éste es el punto en que se advierte cómo el autor modifica su primer punto de vista contrario a la idea que Albrecht había expresado: "La condición previa de toda construcción jurídica del derecho político es el concebir el Estado como una persona jurídica, el cual concepto por tanto es un concepto originario".[10] Pero ¿qué suerte de persona jurídica es el Estado? Porque para caracterizarlo no es bastante designarlo de este modo; personas jurídicas hay en el derecho privado. ¿Qué nota diferencial es, pues, la de esta nueva persona jurídica, el Estado? ¿Por qué es él la más alta personalidad jurídica "que conoce el derecho"?[11] Esta cualidad preeminente se debe a los derechos de que está investida tal persona jurídica, derechos que arrancan del poder de querer del Estado, el cual poder es el poder de *dominar* y se llama poder público. Quedan, pues, identificados —como siglos antes había hecho Spinoza, si bien partiendo de supuestos muy distintos— poder y derecho.[12] El poder de querer del Estado es, según Gerber, el derecho de éste.[13]

"El poder del Estado —escribe en la página 3— es el derecho del Estado; el derecho político, por consiguiente, es la doctrina del poder del Estado y responde a esta cuestión: ¿qué puede querer el Estado como tal?, ¿mediante qué órganos y en qué forma puede y debe exteriorizarse su voluntad?" El problema genuino del derecho político queda pues para Gerber adscrito al estudio del poder público, y de su evolución histórica,[14] e inevitablemente, la actuación del Estado lleva consigo la existencia de órganos sin los cuales no le es dable la vida.

[9] *Grundzüge*, p. I de la introducción.

[10] *Op. cit.*, p. 2, n. 2.

[11] *Op. cit.*, p. 2.

[12] El profesor de la Universidad de Viena Adolfo Menzel publicó un trabajo breve, pero muy interesante, haciendo ver las concomitancias estrechas y a veces hasta la identidad de los términos de expresión de Spinoza y el discípulo de Gerber, del que he de ocuparme al punto, Max Seydel; pero sus observaciones en muchos puntos pueden aplicarse a Gerber. El trabajo de Menzel lleva por título *Spinoza in der deutscher Staatslehre der Gegenwart*, Schmollers Jahrbuch, 1907, pp. 35-48.

[13] *Op. cit.*, pp. 1, 3, 21 *passim.*

[14] *Op. cit.*, p. 3. "*Das Staatsrecht als Wissenschaftliche Lehre hat zum Gegenstande die Entwickelung des dem Staate als solchem zustehenden Rechts.*"

Valor clásico de Gerber

El carácter de clásico en una ciencia no se adquiere por la solución que se da al problema propuesto, sino por haberlo puesto con justeza. La importancia del *Tectetos* de Platón, por ejemplo, no consiste en las respuestas que contiene, sino en el planteamiento conveniente de esta pregunta: ¿qué es la ciencia? Lo que es preciso, por tanto, para alcanzar en la historia una posición eterna, es hallar la unidad sintética que pueda servir de principio explicativo o normativo a un contenido de experiencia. La serie de respuestas cambia según va enriqueciéndose el contenido; y la corriente histórica, si bien arrastra a éstas consigo, deja subsistentes como puntos eternos de orientación los problemas mismos.

El modo como Gerber lleva a cabo su propósito de dar sustantividad científica al derecho político es muy discutible; esto no obstante, él es el centro de referencia de cuantos publicistas se han propuesto posteriormente tratar con carácter exclusivamente jurídico la ciencia del Estado. Es más, la parte empírica de su doctrina, lo que constituye el contenido de su obra, sigue siendo afirmación casi común a los juristas alemanes que cultivan esta disciplina. Las ideas fundamentales de la teoría de Gerber, a saber: el Estado-persona moral, el Estado-poder público y el concepto de órgano, se incorporan a la doctrina de Jellinek, aun cuando con algunas variantes.

Significación del poder público y del órgano

El poder público, dice Gerber, es el poder de voluntad de un organismo ético; "no es una coordinación artificiosa y mecánica de muchas voluntades particulares sino la fuerza ética común de la conciencia que el pueblo tiene de sí mismo". Su existencia y naturaleza no depende, para Gerber, de una determinación intencional, reflexiva, "sino que es una fuerza natural contenida originariamente en el Estado, por ser éste la forma social más alta de la humanidad".[15] Pero este poder, aun cuando Gerber lo presenta como el derecho esencial del Estado, no llega a obtener un carácter jurídico en la propia doctrina de Gerber, según se ve, sino una significación ética; lo jurídico es el modo como este poder se exterioriza, esto es, "el *imperium (das Herrschen),* o sea un poder efectivo de voluntad al que está sometido el pueblo entero con todos sus miembros".[16]

El concepto del órgano no fue objeto de una honda elaboración por Gerber ni de una determinación exacta de su valor para el derecho; afirma, sí, este autor, la necesidad de la existencia de ellos, para que mediante

[15] *Grundzüge,* pp. 19-21.
[16] *Op. cit.,* p. 21.

las acciones de los órganos se realice la voluntad de la personalidad del Estado.[17] Al actuar los órganos es cuando había de surgir para él la cuestión batallona del "Estado de derecho"; el problema no está planteado en Gerber explícitamente, pero al determinar los límites de la voluntad del Estado dice que esta voluntad "no es como la del derecho privado, absoluta y desprovista de supuestos [?], sino que recibe su dirección y límite del fundamento ético de su existencia".[18] Es decir, del propio modo que hoy Laband y O. Mayer, entre otros, afirman que no hay limitación jurídica para el Estado, para el poder público; pero ¿y para sus órganos? El monarca, por ejemplo, órgano supremo, dice Gerber, de un Estado monárquico, "obra jurídicamente, en tanto se exterioriza su voluntad dentro de los límites que atribuye a sus órganos supremos el derecho constitucional".[19]

La dirección realista en el derecho político

La multitud de problemas que en Gerber quedaban apuntados era natural que fuesen objeto de reelaboraciones muy diversas, porque cuanto más penetrante, hondo y complejo es un pensamiento, mayor fuerza prolífica encierra. La virtualidad inmanente en una concepción científica se mide por su vitalidad para engendrar posiciones varias. Sócrates, como Kant, no son puntos de reposo en la historia del pensamiento, sino focos de actividad máxima, fuentes de donde manan corrientes que llevan curso relativamente diverso. La concepción de Gerber, infinitamente más modesta en su campo que la de los pensadores antes citados, a poco de haber sido expuesta originó interpretaciones muy diferentes acerca de lo que el método jurídico exigía del derecho público.

En el año 1873 aparecieron dos libros que tuvieron bastante resonancia en el mundo de los juristas; fue uno el de Max Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre (Fundamentos de una teoría general del Estado)*, y otro, el de Albert Th. van Krieken, *Über die sogennante organische Staatstheorie. Ein Beitrag zur Geschichte des Staatsbegriffs (Sobre la llamada teoría orgánica del Estado. Contribución a la historia del concepto del Estado)*. Ambos se reconocen influidos por Gerber; pero así como Van Krieken toma como punto de partida en su investigación el reconocimiento del Estado como persona jurídica, Seydel niega al Estado todo carácter de sujeto de derecho y adscribe este significado exclusivamente al individuo.

[17] *Op. cit.*, pp. 70 ss.
[18] *Op. cit.*, p. 21, n. 3.
[19] *Op. cit.*, p. 73.

La teoría de Max Seydel fue denominada por él teoría realista; en su terminología esto quiere decir que el punto de partida ha de ser lo dado, lo que existe, y que se ha de omitir toda ficción; por lo tanto nada de reglas, instituciones y principios. Mas ¿qué es entonces para esta doctrina el Estado? No es unidad ni organismo ni todo vivo ni sujeto de derecho, sino hombres, y más bien tierra y gente dominada por una voluntad superior; no hay voluntad del Estado, sino voluntad sobre el Estado, éste es objeto de derecho. El sujeto del poder del Estado es para esta doctrina el *Herrscher* (el señor, el soberano, el dominador), y la relación jurídica entre el sujeto del poder del Estado y el Estado mismo es la de propietario a propiedad. El derecho era, pues, el producto de una voluntad extraña al orden creado por el mismo y aparecía definido: la totalidad de las determinaciones mediante las cuales la voluntad dominante ordena de un modo estatista la coexistencia de los hombres.[20]

Teoría civilista del derecho público

Aun cuando el intento de Max Seydel era la construcción positiva de un nuevo sistema de conceptos de derecho público, el resultado de su labor más bien ha consistido en subsumir una vez más estos conceptos en el derecho privado, del que tanto trabajo está costando libertarlos. La reconstrucción del derecho público, que en el siglo XVII se propuso Bodino con su obra *Six livres de la Républiqu*e, la logró valiéndose de una noción enteramente de derecho civil: el dominio. A la atomización del poder público, propia de la vida medieval, opone la unidad de este poder, del cual hizo titular al príncipe; jurídicamente, lo que cambia con la construcción de Bodino es la situación del príncipe, al que hace exclusivo

[20] Véase Seydel, *op. cit.*, p. 13. Esta doctrina de Seydel es mantenida también, en lo que a la significación del Estado respecta, por Bornhak, *Preussische Staatsrecht*, Friburgo, 1888, p. 63: "El Estado —dice— es la dominación sobre los hombres y las cosas, independientemente de todo otro poder terrestre"; y más adelante, en la p. 66: "El señor, el dominador, no es, como se cree generalmente, el órgano de la personalidad estatista, sino que es esta misma". En estos mismos términos se expresa en su obra *Allgemeine Staatslehre*, 2ª ed., 1909; pero para Bornhak, el Estado no tiene, como para Seydel, solamente el valor de objeto del *imperium (Herrschaft)*, sino a la vez el de sujeto del mismo, por todo lo cual, a pesar de las muchas salvedades que hace el autor, no niega al Estado el carácter de personalidad. (Véanse pp. 9-15 de la obra últimamente citada.) El realismo de Seydel ofrece, por otra parte, grandes analogías con la concepción de Duguit, para quien tampoco el Estado es persona, ni hay más persona que el individuo, ni el Estado es otra cosa que una dualidad insuperada e insuperable de gobernantes y gobernados. Véase *Traité de Droit Public*, 1911, t. I, p. 37. Esta orientación realista según la cual el Estado no puede dejar de ser una dualidad de gobernantes y gobernados es la que mantienen Loening en su artículo "Der Staat", inserto en el *Handw. der Staatsw.*, De Conrad, VI, pp. 307 ss., y Gumplowicz en su obra *Derecho político filosófico*, trad. del señor Dorado Montero.

sujeto de la soberanía, mas no la de los súbditos, que siguen siendo tales sin llegar a ser ciudadanos, ni la de la nación, entendida para estos efectos como unidad territorial. Ésta continúa siendo considerada como objeto patrimonial privado; en una palabra, lo que cambia no es la naturaleza interna del órgano jurídico, sino el titular de éste.

Estas palabras que siguen, de Seydel, podrían ser insertadas en la obra de Bodino sin que resultasen extrañas: "El poder del rey no existe en virtud de la Constitución, sino ésta en virtud del poder real".[21] En ambos, el príncipe queda *solutus a legibus;* en ambos, la idea de *imperium* está construida sobre la de dominio; en uno y otro, el poder público es identificado con el sujeto sensible titular del mismo: el monarca.[22]

[21] *Das Staatsrecht des Königreichs Bayern*, Friburgo, 1888, p. 23.

[22] Esta doctrina civilista del derecho público tiene larga progenie, adquiere su máxima intensidad en la Edad Media a causa de la identificación entre jurisdicción y propiedad territorial, que son los fundamentos del poder político. En Bodino, la concepción civilista es manifiesta: para él la característica jurídica de la *República* es la soberanía, la cual es definida en el cap. VIII de su obra *Six livres de la République*, ed. de 1593, Lyon, p. 122: *"puissance absolue et perpetuelle";* poder absoluto quiere decir para él, p. 128, el que se disfruta sin restricción de condición alguna, exactamente como se disfrutan los bienes que han sido dados mediante donación *parfaicte et acomplie*, y tan absoluto era el poder que al titular de la soberanía atribuía, que basándose en la afirmación de que *"Nulla obligatio consistere potest qua a voluntate promittentis statum capit"*, añade: *"qui est une raison necessaire qui montre evidemment que le Roy ne peut être subject á ses lois"* (p. 132). Hobbes, por su parte, deja ver de modo manifiesto que su noción de *imperium* es equivalente a la de dominio y la situación de los súbditos (para él no hay más que *subditus)*, la que corresponde —con aquella diferencia que no puede hacerse desaparecer— a objetos de dominio: *"Im omni civitate, Homo ille vel* Concilium *illud, cujus voluntate singuli voluntantem suam subjecerunt, Summan Potestatem, sive Summum Imperium, sive Dominium habere dicitur. Quae Potestas jus imperandi in eo consistit, quod unusquisque civium omnen suam vim potentiam in illum* hominem *vel* Concilium *transtulit" (De Cive*, cap. V, § XI). Por lo que toca a la ciencia moderna en Alemania, se debe esta doctrina principalmente a K. L. von Haller, en su famosa obra *Die Restauration der Staatswisenschuft*, Winterthur, 1816-1826, vol. I. En rigor deberíamos preguntarnos si toda explicación contractualista del Estado no implica una concepción civilista del derecho público; mas la fundamentación de una respuesta documentada traspasaría los límites que la discreción aquí impone. Hay autores, como Grocio, para quienes el concepto contrato, al ser usado en el derecho público, no cambia de significación, sino que es uno de tantos contratos civiles. La noción de público en un sentido jurídico, casi podría decirse que no existe en Grocio (véase *De jure belli ac pacis*, lib. I, cap. I, § XIV, y singularmente el cap. III de este mismo libro, donde desarrolla la doctrina sobre la *Summa potestas*, es decir, sobre la soberanía; y véase además, lib. II, cap. V, §§ 31 y 32). Pero hay otros, Rousseau por ejemplo, en boca de los cuales el contrato, aplicado al acto de fundación del Estado, se transforma en tal medida que constituye una nueva categoría jurídica y no conserva del derecho civil apenas algo más que su valor verbal. El contrato social es en Rousseau el principio regulativo de la voluntad jurídica del pueblo, y a causa de esto es un criterio para determinar cuándo el derecho es justo y cuándo es justo el Estado. El contrato social significa para Rousseau la respuesta a esta pregunta: *"Je veux chercher si, dans l'ordre civil, il peut y avoir quelque regle d'administration légitime et sûre en prenant les hommes tels qu'ils sont, et les lois telles qu'elles peuven être" (Contr. social*, lib. I). Rousseau distingue perfectamente agregación de asociación y llama a ésta cuerpo político por llevar consigo el bien público (cap. VI del lib. I). El acto de asociación en que consiste el contrato *"produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix,*

Gerber, en polémica con Maurenbrecher y Zöpfl, intentó mostrar a éstos el error que cometían al identificar el poder público con el titular de este poder, mas su fortuna fue tan mala, a pesar de estar tan bien sus argumentos, que al poco tiempo un hombre influido idealmente por él, Seydel, renueva la posición de aquellos autores casi en los mismos términos.[23]

Insuficiencia del realismo

La dirección realista, como por lo común acontece al llamado realismo, no alcanzó a explicar la realidad de que quería ser fiel trasunto; la mera pluralidad de individuos y de condiciones entre ellos no basta a satisfacer las exigencias del que de un modo científico quiera explicar el mundo jurídico, el cual jamás cae bajo la esfera de los sentidos, porque no queda dentro de la *natura,*[24] sino que es obra humana, obra de cultura, o para emplear la frase de Hegel, frase definidora como ninguna otra: *"Der Boden des Recht ist überhaupt das Geistige und seine [...] Ausgangspunkt der Wille".*[25] Obligaciones, corporaciones, propiedad, Estado, no son realidades, no tienen existencia sustancial, aun cuando lo real, lo positivo, lo empírico, constituya uno de sus elementos, sin lo cual carecerían aquellos conceptos de contenido; pero este elemento no puede por sí solo hacer comprender lo que ante todo es ordenación racional de un mundo de relaciones voluntarias, y cae, por tanto, fuera de la órbita de la realidad sensible.

Individualismo contra organicismo

La obra que, juntamente con la de Max Seydel, atrajo la atención de los juristas, la antes mencionada de Van Krieken, no se proponía sino combatir la doctrina, muy en boga entonces, del organicismo como doctrina jurídica; mas para conseguir su objeto redujo el tema y lo privó de la amplitud

lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi *commun, sa vie et sa volonté".* El sentido peculiar del contrato en Rousseau se ve con más claridad aún al llegar al problema de la soberanía. La concepción regulativa del contrato es también la de Liepmann, *Die Rechtsphilosophie des J. J. Rousseau,* Berlín, 1898, pp. 95 ss., y G. del Vecchio, *Sulla teoria del Contratto Sociale,* Bolonia, 1906, *passim.*

[23] Zöpfl, *Grundsätze des allg. u. deutschen Staatsrecht,* I, § 54, y Maurenbrecher, *Die Deutschens regierenden Fürsten u. ihre Souveränetat,* 1839, *passim,* citados por Gerber, *Grundzüge,* nota a las pp. 19-20.

[24] Claro es que al decir que lo jurídico no cae dentro de lo natural no aceptamos la significación spinozista de este concepto, y expresamos con él el orden de realidad que puede ser explicado mediante el principio de causalidad, en oposición a aquella otra esfera de la realidad, cultura, que necesita para ser comprendida del principio de finalidad.

[25] La base del derecho es lo espiritual, y su punto de partida la voluntad; *Grundlinien der Phil. des Rechts,* ed. G. Lasson, Leipizig, 1911, prólogo, § 4.

y complejidad histórica que tiene, no considerando como orgánicas sino aquellas teorías para las que el Estado "es un producto orgánico de la naturaleza". Este criterio estrecho no abarcaba las más de las direcciones, y al dejar flotando a éstas sobre la historia, como una pluralidad heterogénea de doctrinas, abandonaba el problema que el científico ha de acometer: ¿cuál es la unidad ideal de concepciones orgánicas tan varias como las de Platón, Aristóteles, Schelling, Krause y Spencer, por ejemplo?

Al decir de Van Krieken, el concepto organismo no tiene valor jurídico, porque nuestro derecho no está formado por organismos, sino por personas. Ahora bien, ¿el Estado no es persona para Van Krieken? La personalidad del Estado es a sus ojos exclusivamente un instrumento técnico para la construcción jurídica, pero no una personalidad dotada de vida interna; la persona, realmente, no es para él sino el individuo. De esta suerte aflora el individualismo en el pensamiento de este autor: mas partiendo del individuo, no hay posibilidad de fundar el derecho político; el individuo, o la reunión de individuos, la *volonté de tous,* es un concepto que expresa la unidad de los sumandos, esto es, la unidad extrínseca a las voluntades mismas, y el concepto roussoniano fecundo, eficaz, fuente inmediata de toda generación ideal política, dotado de virtualidad bastante para servir de fundamento científico, o lo que es lo mismo, de principio, al derecho político, no es la *volonté de tous,* sino la *volonté générale,* porque de lo que se trata en ésta es de la unidad íntima, humana, trascendental. Ciencia e individuo ¿no son términos antagónicos? La ciencia requiere ley, principio, esto es, universalidad y necesidad, y el individuo es individuo en cuanto es resoluble en peculiaridades; lo que no tiene en él este carácter, eso, no es individual, y ahí comienzan, precisamente, las posibilidades de hallar base real para fundar una ciencia. Porque ésta tal vez no pueda menos de dejar fuera de sí lo individual, es por lo que quizá no sea la ciencia la forma última, suprema, de unificar la realidad.

La ciencia ejemplar para poder mostrar la inanidad ética del individuo es el derecho, porque derecho es relación, y la configuración de la relación jurídica sólo puede ser descubierta en el momento en que nuestro yo se encuentra ante un *alter ego,* en aquel instante ideal en que mediante el otro me afirmo a mí como dotado de igual capacidad formal. Esto es, el momento jurídico es siempre superindividual y surge en la fenomenología del espíritu al imputarnos mutuamente una cualidad que nos iguala en condiciones como sujetos dotados de voluntad para la acción social. Así lo traduce Hegel con un sentido hondo, eterno, en la afirmación de que "el hombre no es libre sino en la sociedad de hombres libres", y la sociedad de hombres libres es para él la sociedad ideal conformada por el derecho.[26]

[26] *Philos. de l'esprit,* trad. Vera, II, pp. 425 ss. Este principio se encuentra ya formulado

Aparición del trabajo de Gierke

Era preciso un nuevo esfuerzo para reconducir la doctrina del derecho político a su centro, al problema jurídico, a aquel punto desde donde puede sorprenderse en su momento germinal la relación jurídica de carácter público. Mediante la dialéctica realista, el *Herrschaft* llega a ser interpretado de tal modo, que amenaza ruina el orden jurídico; por obra del individualismo, lo jurídico, lejos de ser el aglutinante de los grupos sociales y hacer de lo ideal la unidad de la comunidad, un proceso real, vivo, que pugna por alcanzar plena integración, sólo nos presenta una realidad social atomizada. ¿Dónde buscar en esta doctrina la unidad, en función de la cual podamos reconocer la continuidad del proceso? En el Estado, se dirá, concebido como unidad abstracta. Pero entonces, ¿no hay otra realidad ideal que la individual? ¿No es más bien para los efectos del derecho, la inversa, la posición exacta? Gierke enjuició las dos corrientes derivadas de Gerber que hemos dejado anotadas y abrió nueva ruta a la ideología jurídica; su trabajo halló muy en sazón el campo sobre el cual había de operar.[27]

Formalismo y pragmatismo

La ciencia jurídica se encuentra solicitada, según Gierke, por dos direcciones permanentes: el formalismo y el pragmatismo; uno y otro constituyen un peligro que es indispensable salvar, si bien ambos sirven al progreso, porque éste no es una línea recta. El formalismo tiene larga tradición en el jurismo. Ninguna otra ciencia ha menester tanto como la del derecho, por su situación en la vida práctica, de una formulación clara y comprensible de los conceptos. Mas la dirección formalista prescinde de todo lo vago y sólo admite lo que se puede definir; el problema

del propio modo en Fichte, desde 1796 en el *Grundlage des Naturrechts* (prólogo, II, 4). Actualmente Stammler toma como criterio para distinguir el derecho justo del que no lo es, que sea susceptible de ser subsumido dentro de este principio: la comunidad de hombres libres. Véase *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, p. 198, y *Wirtschaft u. Recht*, 2ª ed., p. 563. Para Oppenheimer, la aspiración del Estado ha de cambiar, y en vez de ser la explotación de una clase por otra, habrá de advenir una comunidad de ciudadanos libres. Véase *Der Staat*, pp. 159-160 *(Gessellschaft Sammlung)*. Este principio no es en verdad sino una variante más interna que externa del antiguo concepto de la *civitas: "coetus perfectus liberorum hominum"* (Grocio, *op. cit.*, lib. I, § XIV, 1).

[27] El trabajo de Gierke, que tan honda huella ha dejado en la disciplina que nos ocupa, apareció el año 1874 en el *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, y lleva por título *Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien*. Comprende las pp. 153-198 y 265-335. Las publicaciones posteriores del autor no han quitado al estudio citado su valor fundamental.

primario para ella, ante el material jurídico concreto, consiste en concertarlo con abstracciones dadas, dejando fuera de sí la formación diaria, rica y viva del derecho. Olvida, según Gierke, que las propias abstracciones con que trabaja, al ser abstracciones de relaciones jurídicas que se modifican con el tiempo, son en sí mismas cambiables y no tienen por tanto sino un valor relativo, circunstancial. Estos conceptos, al querer valer de igual suerte en todo tiempo, aprisionan a la ciencia del derecho y propenden a inmovilizarla; piénsese, dice, "en las cadenas que envuelven a la moderna vida mercantil en el pensamiento jurídico a causa de la formulación dogmática de los conceptos de propiedad, corporación y obligación usados en el sentido que les dio el derecho romano".[28]

Deficiencia del formalismo

Esta dirección concibe de un modo exterior, según el profesor Gierke, las relaciones de la vida de un pueblo, y si bien presta el gran servicio de mostrar la independencia relativa al derecho respecto de las fuerzas que lo originan, desestima en cambio la investigación de las relaciones internas del derecho con la cultura, y singularmente con lo que es para Gierke la piedra de toque, a saber: con la situación económica de una parte y las intuiciones morales de otra, para sobre estas bases formar científicamente los conceptos jurídicos. Los que siguen esta dirección cambian la relación que ha de existir entre derecho y ciencia del mismo y dicen "que la esencia del derecho se encuentra en su formulación científica, olvidando que el derecho tiene existencia real antes de que la jurisprudencia nazca y sin ella".[29] Para el formalismo, el todo es el sistema, que de medio auxiliar se convierte en fin mismo, con lo cual, dice Gierke, en vez de encontrarnos con un organismo vivo, nos hallamos con un aparato formal, muerto; en una palabra, con una mera técnica exterior del derecho.

La corriente pragmatista

El pragmatismo es una dirección tan permanente en la vida de la cultura como la del racionalismo. Es una concepción de la relación entre el pensar y la vida, que otorga a esta última el primado; sólo la vida decide, según el pragmatismo, el valor del pensar, porque este valor depende de la eficacia que tenga el pensar mismo; *a fructibus eorum,* dicen los que así discurren, y de un modo análogo a la filosofía escocesa del sentido co-

[28] *Op. cit.*, § I, pp. 157-158.
[29] *Op. cit.*, § I, p. 160.

mún, se encuentran a la postre con que el criterio objetivo de verdad no puede menos de ser buscado en la selección y consolidación que hace la historia respecto de las ideas.

Adviértase, pues, hasta qué punto, al traducirse el pragmatismo en fórmula política, ha de exaltar el valor de la opinión pública. En lo que al derecho respecta, se caracteriza el pragmatismo por ser aquella doctrina que no pretende modelar la vida del derecho según conceptos abstractos, sino antes al contrario, crea los conceptos en vista de la vida, razón por la cual está convencida de la verdad relativa de los dogmas jurídicos a causa de su condicionalidad histórica. Esta escuela rompe la envoltura de los conceptos y disuelve las reglas jurídicas en casos concretos; huye, en fin, de todo cuanto amenace los movimientos libres de la vida del derecho; distingue entre derecho y ciencia del derecho, reconociendo la prioridad de aquél. El gran servicio que a juicio de Gierke ha prestado esta dirección, ha sido haber mostrado la conexión íntima entre el derecho y el contenido general de la cultura. Pero al dejarlo todo al libre arbitrio del juez, muestra desconocer que un derecho sin principios abstractos no sería derecho.

Los problemas del derecho público según Gierke

Nuestro tiempo necesita resolver en una unidad superior las direcciones que hemos apuntado, no sólo formalismo y pragmatismo sino también realismo e individualismo, porque el hombre tiene un doble carácter: es individuo y miembro de una asociación; ninguna de estas dos cualidades separadas habría hecho hombre al hombre. "Éste no podría tener conciencia de sí, de no reconocerse al propio tiempo como elemento singular y parte de una comunidad."[30] Bajo estas palabras alienta aquel principio fundamental de la filosofía de Fichte, principio de importancia extrema, tanto para la ética cuanto para el derecho: el *yo*, al ponerse a sí mismo, pone al *otro*. Mas ni el realismo ni el individualismo jurídico responden a las exigencias de este criterio.

El realismo sólo reconoce como real lo general, y el individualismo, si bien estatuye la realidad de lo individual, llega a romper el concepto del Estado. La primera de estas corrientes, dice Gierke, es la antigua helénica: el hombre es para el Estado. De aquí que el Estado por sí y en sí sea una unidad, y su personalidad jurídica, omnicomprensiva. En la otra dirección, el Estado es para el individuo; sólo éste tiene realidad; el Estado es un medio creado voluntariamente por los individuos, los cuales son

[30] *Op. cit.*, pp. 113 y 195.

anteriores a aquél. Esta posición, según el autor antes citado, es, fundamentalmente, la que domina en el periodo germano y medieval, mediante la cual el derecho público adopta el carácter de los derechos privados, y sólo es derecho en cuanto se asemeja a éste. La cuestión batallona en la ciencia del derecho radica hoy en la emancipación del derecho público, en la formulación jurídica de un sistema independiente de conceptos. Ahora bien, los problemas constitutivos del derecho público, según se desprende del trabajo de Gierke, son: el Estado, ¿qué es en sí mismo?, ¿es el sujeto único en el derecho público, o frente a él hay miembros sociales que son por sí de derecho público?, ¿en qué relación se encuentra el Estado con el derecho?[31]

Para Gierke, el Estado es "la más alta y comprensiva forma de comunidad, no perceptible para los sentidos, pero real para el espíritu, que nos revela una existencia común humana sobre la existencia individual. Este elemento común es la unidad permanente, viva, la unidad que quiere y obra y en la cual se encierra todo un pueblo".[32] Sobre la vida del individuo se levanta la de una comunidad, de la que en todo momento forma aquél parte. No hay comunidad donde no se pueda descubrir el carácter estatista, según Gierke, incluso en las tribus nómadas. ¿Por qué? Porque el Estado, como el derecho —con el cual nace y al cual acompaña, pues son coetáneos— son tan viejos como la maldad humana y existen aun en las hordas errantes.[33] Se trata, escribe Gierke, de dos funciones sustantivas de la comunidad humana, cualquiera de las cuales supone y condiciona a la otra, no al modo de causa y efecto, pues esto indicaría una prioridad en el tiempo, sino en cuanto no es pensable la una sin la otra.

El Estado y el derecho

El Estado no es el único órgano de la producción del derecho, afirma Gierke, sino el órgano más importante. Esta afirmación es hoy de un interés sumo, a causa del llamado derecho estatutario y con motivo del alcance jurídico que se pueda conceder a las asociaciones en general, y muy especialmente a los sindicatos. Hay muchas corporaciones organizadas, dice Gierke, que producen autonómicamente el derecho, y no sólo lo producen estas corporaciones, sino el propio pueblo y todos los círculos de la comunidad.[34] Esto no quiere decir que el Estado no tenga

[31] Véanse pp. 113 y 195.

[32] Véase p. 114.

[33] *Op. cit.*, p. 116.

[34] Esta afirmación de Gierke, enunciada con un alcance aún mayor, constituye uno de los principios fundamentales de la escuela de Krause. Véase Krause, *Abriss des Systemes der Phil. des Rechtes*, Gotinga, 1828, pp. 125 y 179; *El ideal de la humanidad*, con introducción

que intervenir de algún modo con respecto al derecho así nacido; efectivamente, el derecho autónomo de una asociación, así como el derecho consuetudinario, son objeto del reconocimiento expreso o tácito del Estado; pero reconocer o tolerar no es crear —dice el autor citado—.[35] Como se ve, para él, derecho no implica coacción. La fuente última de todo derecho tampoco es el Estado para Gierke, sino la conciencia común de una existencia social.[36]

El carácter orgánico del Estado

¿Pero qué nota diferencial jurídica es la del Estado? Las uniones de tipo estatista se caracterizan para Gierke por ser comunidades de acción política: "el sustrato de ellas lo forma la voluntad general, su forma exterior es la de un poder organizado y su problema el acto realizado como un fin consciente".[37] Mas este carácter es atribuible a todas las comunidades y corporaciones. Lo cualitativo del Estado es que su poder es supremo y su voluntad soberana, poder y voluntad que sirven para que el Estado cumpla con su fin de "realizar un determinado aspecto esencial de la comunidad humana".[38] El Estado tiene, pues, un valor categórico, permanente, en la vida de la cultura. No puede, por consiguiente, considerársele, incluso visto en concreto, como una creación libre del individuo, sino como producto de fuerzas sociales que se manifiestan también en el propio individuo. El Estado se nos muestra como un organismo social humano con vida común propia, distinta de la de sus miembros, y forma, por tanto, una unidad real; pues las existencias particulares de sus miembros, en cuanto son elementos del Estado, se agrupan, relacionan y obligan entre sí, hallando el contenido de su vida ciudadana, no en sí mismos, sino en la determinación de su voluntad para la vida en común.

y comentarios de don J. Sanz del Río, Madrid, 1891, pp. 188 ss.; Ahrens, *Curso de derecho natural,* trad. esp., Madrid, 1873, pp. 515 y 621; *Enciclopedia jurídica,* trad. esp., I, 145; "Estado presente de la ciencia política", trabajo inserto en el libro de Giner de los Ríos, *Estudios jurídicos y políticos,* Madrid, 1875, p. 257; Giner, *op. cit.,* p. 183, *Principios de derecho natural,* parte orgánica; *Teoría de la persona social,* Madrid, 1899, pp. 191-192; Costa, *La ignorancia de las leyes,* discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1901, pp. 27 ss.; Posada, *Tratado de derecho político,* Madrid, 1893-1894, I, pp. 65-83. Esta doctrina tiene hoy una mayor importancia, porque quizá sea en la moderna filosofía política, la que de modo más manifiesto pueda satisfacer las exigencias jurídicas del sindicalismo, a saber, la elaboración del derecho público por la federación libre de los sindicatos profesionales.

[35] *Op. cit.,* 117.

[36] *Op. cit.,* 200.

[37] *Op. cit.,* 196.

[38] *Op. cit.,* 196.

El Estado de derecho

La existencia de otros centros creadores del derecho independientes del Estado no indica que estas asociaciones, sujetos de derecho público, vivan vida sustantiva en todos los órdenes de la actividad política, no; cuando se trata de relaciones de poder, han de estar sometidas al Estado, y el criterio para determinar la limitación de su poder político ha de ser la consideración de hasta qué punto es general el interés, y pide, por consiguiente, para realizarlo o para evitar su realización, la intervención del poder de la voluntad general. Hay un aspecto político, pues, en que el Estado es realmente soberano; pero esta afirmación no quiere decir que esté desligado de las relaciones de obligatoriedad, esto es, de las relaciones jurídicas. Por lo mismo que Estado y derecho nacen conjuntamente, y el uno supone al otro, ha de estar el primero dentro del segundo, no sobre él;[39] es Estado de derecho, como se suele llamar, porque no se exterioriza sino en el derecho y se propone el orden jurídico como norma y limitación de su voluntad soberana. Como se ve, el contenido de la noción de poder ha cambiado; ya no es el poder de dominar de que hablaba Gerber, poder que por su índole misma pugnaba siempre por salirse de la vida del derecho, sino que Gierke hace de él un poder, creador, sí, pero creado a su vez por fuerzas que él no puede abarcar ni dominar.

Campo de acción del derecho y del Estado

Para Gierke, hay dos fuerzas espirituales en la humanidad, de las que brotan el Estado y el derecho: la una hace que vaya sedimentándose lo que de la voluntad general nace: de aquí surge el Estado; la otra es el fluir exterior de la conciencia general y constituye el derecho. La vida del Estado y la del derecho son dos aspectos específicamente distintos de la vida en común: la primera se manifiesta en el logro, en la realización de fines comunes apetecidos, y culmina, en una palabra, en el hecho político; la vida del derecho, en trazar la esfera de acción de las voluntades obligadas. Así como el poder es un supuesto del Estado, al punto de que no hay Estado sin medios de poder, es éste, en cambio, indiferente para el derecho: "la esencia de éste consiste en afirmar y limitar el dominio exterior de la voluntad dentro de la comunidad humana".[40] A pesar de las diferencias entre ambos, necesitan uno del otro. Todo Estado sano trata de fundar su poder en el derecho, y de aquí nacen deberes jurídicos del Estado. Por su parte, el derecho, para lograr su objetivo de orde-

[39] *Op. cit.*, 203.
[40] *Op. cit.*, 256.

nación de la vida humana, ha menester de la ayuda poderosa del Estado, sin cuya protección no puede alcanzar plenamente su fin. Los problemas de Estado y derecho no son idénticos, ni los del Estado quedan agotados con la protección del derecho, ni los de éste en la ordenación de la vida de aquél. Hay, pues, una parte esencial del problema del Estado que queda dentro del problema del derecho: la producción y protección del mismo, y viceversa, una del derecho que queda incluida dentro del problema del Estado: ordenar su vida, penetrar en su interior.

El Estado de derecho *(Rechtsstaat)* no es una noción que pueda satisfacer las exigencias actuales, según Gierke; el Estado moderno ha de ser Estado de cultura *(Kulturstaat)*; es decir, ha de impulsar a la realización de la comunidad humana en todos sus aspectos. El derecho político, esto es, el aspecto jurídico del Estado, no agota la doctrina acerca del Estado, sino que es sólo una parte de la misma; queda fuera de ella el estudio de la naturaleza física, económica, ética y política del Estado. La doctrina jurídica de éste es, además, una parte de la doctrina del derecho, pero éste tampoco cabe dentro de ella por completo, porque el derecho ordena relaciones que no se refieren inmediatamente a la existencia del Estado.[41] No sólo rebasa de éste el derecho, sino que el propio derecho público no tiene al Estado como sujeto supremo, sino a la comunidad.

El derecho político

Ahora bien, todo lo jurídico nace en la misma fuente y tiene el mismo fin: la personalidad. Pero la persona, como titular de derecho, no es considerada en su unidad por el derecho público, sino que abstrae de la persona lo que toca a la vida de la comunidad; el derecho público no conoce sino miembros de una asociación. El derecho público absoluto,[42] esto es, el derecho político, toma al Estado como la generalidad, y a los individuos y asociaciones, como miembros del Estado; de aquí que el sistema de conceptos del derecho político deba ser muy bien diferenciado del que corresponde al derecho privado; pues así como éste se ocupa de las relaciones de la vida exterior de las personas, el primero se ocupa de someter a norma la vida interior de una personalidad común. Este concepto de personalidad tiene aquí un carácter bien diferente del que ostenta en el derecho privado; los une en una y otra rama, el significar sujeto de derecho; pero los diferencia que, así como en el derecho privado

[41] *Op. cit.*, 203.

[42] Las asociaciones y corporaciones tienen un derecho que vale como público para los asociados, pero que sólo es relativamente público porque adviene privado cuando se trata de relaciones entre varias asociaciones. Véase Gierke, *op. cit.*, pp. 318-319.

la persona obra por sí o mediante representación, en el derecho público absoluto, derecho político, no puede hacerlo, y para expresar la nueva realidad nace un concepto que es extraño al derecho privado: el concepto de órgano. El Estado para su vida precisa de órganos, y sólo mediante ellos obra y quiere.[43]

No pretendemos haber agotado el estudio de los influjos que han pesado sobre Jellinek al formular sus doctrinas; intentarlo siquiera sería empeño vano, pues jamás podrá determinar de manera plena una crítica psicológica la totalidad de aquellos influjos; hemos querido, sí, fijar en torno a qué cuestiones y nombres puede trazarse la línea central del desarrollo del derecho político alemán. Estos puntos ideales que sirven de soporte a tal línea imaginaria son Gerber, Gierke y Jellinek. Sin los dos primeros no puede ser conocida la filiación de este último, y sin el nombre de Jellinek, falta la clave para comprender el estado actual de la ciencia política alemana.

III. La doctrina de Jellinek

Líneas generales del sistema

Los comienzos de Jellinek

El estudio sobre la concepción del mundo de Leibniz y Schopenhauer con que inició Jellinek su labor de publicista, sirvió para que se despertasen en él dudas acerca de algunos problemas capitales de la ética.[44] Estos problemas, al recaer sobre la vida social, adquirían una fisonomía jurídica. Para Leibniz, según afirma en la *Teodicea,* la perfección es positiva, es una realidad absoluta: el defecto es privativo; proviene de la limitación. Como es sabido, la tesis de Schopenhauer difería grandemente de ésta, pues la razón al iluminarnos la realidad, no hace, según él, sino mostrarnos el campo de la existencia sin poder libertarnos del dolor, que es la vida; lo positivo para él es la *iniuria (Unrecht);* lo justo, en cambio, es una noción derivada. Con este tema debuta Jellinek como jurista.

En el año 1878 escribe un trabajo que ha tenido grandísimo eco; su título es *La significación ético-social del derecho, de la* iniuria *y de la pena*

[43] La teoría del órgano iniciada en el trabajo tantas veces citado fue más tarde desarrollada en el *Schmollers Fhurbuch,* VII, pp. 1143 ss., y en su obra *Die Genossenschaftstheorie,* 1887. Un resumen de la doctrina de Gierke sobre la corporación y el órgano puede hallarse en el folleto del autor *Das Wesen der Menschliche Verbände,* Leipzig, 1902.

[44] *Die Weltanschauungen Leibniz'und Schopenhauers. Ihre Gründe u. ihre Berechtigun,* Viena, 1872; estudio incluido con el núm. 1 en los citados *Ausgewählte Schriften.*

(Die Socialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe).[45] Insistiendo sobre el mismo tema escribió en 1879 dos estudios, que han permanecido inéditos hasta después de su muerte; el título del primero es *La clasificación de la* iniuria *(Die Klasification des Unrechts);* el del otro, estudio muy breve, *La* iniuria *absoluta y relativa (Absolutes und relatives Unrecht).*[46] En estos escritos el autor se vuelve contra Schopenhauer, y muestra que para fijar el concepto de lo injusto es preciso fijar previamente el del derecho; pues lo injusto, dice, como todo concepto negativo, se resuelve en un juicio sobre la relación de dos conceptos positivos, que son en este caso la observancia de la norma jurídica.[47]

El problema de la ética social

Si el derecho es el principio positivo, ¿qué es el derecho? El derecho, según Jellinek, es uno de tantos atributos como tiene la sociedad y que ponen de manifiesto el carácter real de ésta, así como su valor creador. Todo individuo está socialmente condicionado, y por estarlo, tiene lo social un valor que es preciso esclarecer. La sociedad, esto es, "el hecho positivo de la convivencia y cooperación de los hombres",[48] es el centro de donde irradian la pluralidad de disciplinas que estudian al hombre, no como individuo, sino como sujeto que vive en una comunidad, como sujeto religioso, político, económico, nacional, etc. Esta sociedad, o mejor, sus hombres, ha estado dotada siempre de aquellos impulsos primarios que acompañan de modo indefectible a la existencia de todo organismo, a saber: el de conservación y el de satisfacción de las necesidades, impulsos a que se une otro de naturaleza inhibitoria, sin el cual no sería posible la vida en común. He aquí los albores de la ética; ya aparecen bosquejados los dos grupos fundamentales de los impulsos: egoístas aquéllos, altruista el último; unos y otros forman la esencia del aspecto subjetivo de la moralidad.[49]

La sociedad ha menester de ambos grupos de impulsos para su existencia, de la propia suerte que el mundo de la materia, de la atracción y repulsión. Si el hombre no puede realizar su fin sin el concurso de los impulsos contrapuestos que hemos determinado, la sociedad, considerada como hogar común de las relaciones humanas, igualmente los requerirá. Sobre esto se edifica la ética social, cuyo problema consiste en

[45] Una segunda edición corregida y ampliada publicó el autor en 1908.
[46] *Ausgewählte Schriften*, vol. I, p. 77.
[47] *Ausgewählte Schriften*, vol. I, p. 81. La doctrina lógica sobre la negación en que se apoya es la de Sigwart, *Logik*, I, §§ 20-25 y § 42.
[48] *Die Sozialethische Bedeutung*, 2ª ed., p. 12.
[49] Véase obra últimamente citada, pp. 18-19.

determinar las condiciones para la existencia y evolución de la colectividad; es decir, en determinar el contenido del deber, que ha de ir realizándose por obra de las acciones humanas. He aquí la máxima que ha de orientar las prescripciones morales, según Jellinek: "Si quieres que exista la sociedad y que evolucione, necesitas obrar de tal suerte que tu acción contribuya a su conservación y progreso".[50]

Hay, pues, normas para la sociedad, como las hay para todo lo orgánico; esto es, leyes, dice Jellinek. Las leyes morales, agrega el autor, son una modalidad de las leyes normativas, hijas de una consideración teleológica; son aquellas normas "que se derivan de la formación del ser y de la evolución de la sociedad, y que se dirigen a la voluntad humana para su realización".[51] La ética social tiene como supuesto la solidaridad de los miembros de la comunidad, y esta solidaridad se propone cada vez de manera más apremiante como fin moral al individuo, quien se propone como fin moral, a su vez, a la comunidad. La divisa bajo la cual tiene lugar el progreso social es: "Todos para uno, uno para todos".[52]

Esta ética es una ética de la acción, no de la intención, y mide la moralidad de aquéllas con arreglo al criterio positivo de la máxima enunciada. El contenido objetivo de la ética social es cambiable, histórico, depende del sistema de condiciones sociales; lo único constante en la ética son los factores individuales que la realizan, y aun los propios individuos, sólo muy lentamente y merced al proceso de la evolución, han llegado a ser conscientes de cualidades que les atribuimos hoy como inherentes a su naturaleza. La ética social, pues, no es quiescente, sino dinámica y desarrollable.

El derecho como mínimum ético

Ahora bien, si nos interrogamos por las normas cuyo cumplimiento hace posible la permanencia de una determinada situación histórica de la sociedad, habremos descubierto el derecho de esta sociedad, pues el derecho, dice Jellinek, no es sino el mínimum ético que la sociedad precisa en cada momento de su vida para continuar viviendo. Considerado objetivamente, el derecho representa las condiciones de conservación de la sociedad, en tanto en cuanto estas condiciones pueden depender de la voluntad humana; por consiguiente, el mínimum de existencia de las normas éticas, visto subjetivamente, es el mínimum de actos morales que la sociedad exige de sus miembros.[53]

[50] *Op. cit.*, p. 21.
[51] *Op. cit.*, pp. 22-23.
[52] *Op. cit.*, p. 27.
[53] *Op. cit.*, p. 45.

Si variable es el contenido de la ética, variable ha de ser por fuerza el del derecho, pues que de un solo contenido se trata, y si no era posible hablar de una ética absoluta y permanente, tampoco podrá serlo con relación al derecho. Como derecho eterno no podríamos exhibir sino aquellas normas míseras sin cuya existencia no nos sería dado imaginar ni la más primitiva forma social humana, dice Jellinek. Lo común a todo derecho es, pues, exclusivamente su función, su carácter conservador, y la relación en que se encuentra con la ética es la de la parte al todo, mas la proporción ética, digámoslo así, del derecho, difiere de un pueblo a otro y de uno a otro momento en la vida de la cultura de cada pueblo.

Esta concepción del derecho como un mínimum ético es la que alienta, dice Jellinek, en el decálogo y en las prescripciones fundamentales de los budistas: honrar al padre y a la madre; no matar; no robar; no cometer adulterio; no mentir, dice el cristiano: lo que equivale a hablar de santidad de la familia, de la persona, de la propiedad, etc., y los mandamientos del budista son: no matar; no robar; no ser deshonesto; no mentir. Y a medida que un pueblo progresa, tanto más numerosas son la ordenaciones que tienden a conservar el todo, y por consiguiente, tanto más amplias las bases morales del derecho.

La situación en que se encuentra el derecho respecto de la moral hace posible que sea permitido jurídicamente lo que moralmente está prohibido. El hombre duro de corazón, por ejemplo, dice Jellinek, que toma a su deudor pobre todos sus bienes, hasta la última moneda, obra inmoralmente, mas no de modo contrario al derecho, según el antiguo aforismo *Nullus videtur doli facere, qui suo jure utitur.* Pero no hay nada de extraño en esta contradicción una vez concebido el derecho como el grado más elemental de la moralidad, como el residuo indispensable de ésta que es precisa a cada sociedad.

Recibe el derecho los impulsos de progreso de las fuerzas sociales que lo condicionan; sus modificaciones sólo pueden ser explicadas si se le considera en la relación íntima en que vive con la totalidad de las actividades sociales, desde la concepción religiosa predominante hasta las costumbres locales, pues todas las funciones e instituciones sociales, ansiosas de vivir, buscan consciente o instintivamente normas que las amparen, y luchan por crear tales normas. De aquí surgen precisamente las excitaciones que mantienen en una movilidad permanente la vida del derecho.[54]

[54] *Op. cit.*, pp. 46 y 59.

Analogía de la doctrina
de Jellinek con la de Trendelenburg

Jellinek traza en la obra que venimos citando últimamente un breve esbozo de la historia de la concepción social de la ética, pero no queda aclarado de dónde podía hacerse derivar, en los días en que escribiera nuestro autor, esta doctrina del mínimum ético. Tal vez no sea desacertado referirla de modo inmediato al tantas veces citado por Jellinek, Trendelenburg. En la obra de éste, *Derecho natural sobre la base de la ética,* se afirma categóricamente que la esencia del derecho reposa sobre la moralidad; pero esta afirmación es sobrado vaga y aun común para que por ella pretendamos haber probado lo que nos proponemos. Si la esencia del derecho reposa sobre la moralidad, ¿qué es ésta?, ¿qué es el derecho?

La moral, dice Trendelenburg, se propone realizar la idea ética, o sea la idea de la esencia humana en su totalidad y en sus partes, y hacer durable tal realización; se propone que el hombre ideal llegue a ser tan universalmente objetivo, que todo individuo consiga su idea individualmente. La realización de la idea es lo que llamamos bien supremo, y a las normas que le están subordinadas, cual órganos —continúa diciendo Trendelenburg—, bienes éticos. En tanto en cuanto la idea ética ha sido realizada y viene realizándose, y el organismo humano con sus fines universales y las partes con sus fines particulares determinan y vinculan, por conservarse, la actividad de los individuos, producen relaciones, y estas relaciones, deberes.

Los bienes éticos, escribe Trendelenburg, necesitan ser protegidos, conservados y hasta auxiliados en su desarrollo, y si del espíritu de ellos nace el deber imperativo, de este mismo espíritu dimana el derecho, cuya función no es otra que la de conservar y desarrollar las relaciones morales. El objeto del derecho es tan comprensivo como el de la moral, puesto que unas veces prohíbe que se realicen acciones contrarias a la conservación y desarrollo de la ética, y otras, impone acciones necesarias a estos fines. La ley, al determinar los derechos y deberes de los hombres, tiende a concretar el verdadero significado de las relaciones morales y reordena las condiciones externas bajo cuyos auspicios deben aquéllas prosperar.

Como se ve, el derecho garantiza, según Trendelenburg, los fines internos de la moralidad, impide la usurpación, pone límites, y por todo ello puede decirse de él lo que afirma Jellinek, esto es, que su función es conservadora, o como afirma Trendelenburg, que la actividad del derecho es fundamentalmente negativa y repulsiva; pero como siempre, las raíces de toda negación descansan en una afirmación, que es aquí la ética. Del nexo entre los deberes y los bienes éticos nace el derecho. Considerado

en el todo ético, es éste, dice Trendelenburg, el compendio de aquellas determinaciones universales de la acción, mediante las cuales el todo ético y sus partes pueden conservarse y ampliarse.[55]

Aun cuando las diferencias entre este autor y Jellinek son notorias, igualmente resultan manifiestas las concomitancias. Hay para el uno como para el otro una indistinción cualitativa entre la moral y el derecho, y en ambos también se ofrece el último como concreción indispensable: primero, para la conservación de la comunidad; segundo, para la obtención de los fines éticos. Estas palabras, que vamos a copiar indistintamente, pueden ser atribuidas a uno u otro: "Es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones y omisiones, son fines que corresponden al derecho".[56]

Observación a la doctrina del mínimum ético...

Este criterio del mínimum ético, ¿explica la vida jurídica?, ¿identifica lo jurídico con lo legal, o no reconoce como jurídico sino lo que de hecho es practicado y vivido por la comunidad? El duelo está castigado en nuestro código penal, ¿es porque se trata de una exigencia ética de la conciencia española? Sin duda alguna no, puesto que no se cumple el precepto precisamente por el amparo y protección que halla en la opinión pública; otro tanto puede decirse de la prohibición del citado código respecto de las confabulaciones y huelgas, a despecho de lo cual se han venido produciendo, sin que la pena recayese sobre los autores del hecho. Esto parece indicar que el criterio del mínimum ético no es aplicable al derecho legislado. ¿Es acaso que lo jurídico para esta doctrina no es sino lo real efectivamente vivido y acatado como normativo? Entonces, habremos descubierto que son condiciones protectoras de la vida ética de la comunidad española y que favorecen la vida de nuestra cultura, el duelo, el juego, la reglamentación de la prostitución, etcétera.

La doctrina del Estado

Ahora bien, el derecho conviene que sea elaborado de un modo sistemático por una voluntad siempre la misma, de suerte que favorezca cons-

[55] Trendelenburg, *Naturrecht,* 2ª ed., §§ 44, 45 y 46. El concepto del derecho que expone Ihering al tratar el problema del fin *(Zweck im Recht,* 4ª ed., Leipzig, 1904, I, p. 345), "asegurar las condiciones de vida de la sociedad", responde a una concepción algo análoga respecto a la función histórica del derecho.

[56] Véase la presente obra, p. 319.

tantemente los intereses que está llamado a amparar y auxiliar. Éste es precisamente el fin del Estado, según Jellinek, la razón de ser de su existencia: favorecer los intereses solidarios, individuales, nacionales y humanos, en la dirección de una evolución progresiva y común.[57] Estos fines del Estado son precisamente los que nos muestran su vida, su acción histórica; fines que no son transitorios, circunstanciales, sino permanentes, universales; de aquí que para Jellinek, como para Gierke, el Estado en sí tenga un valor categórico y no pueda decirse de él que es un fenómeno contingente en la historia, sino consustancial a ésta.

Pero el Estado, dice Jellinek, tiene dos aspectos bajo los cuales puede ser conocido y considerado: uno es el social, otro el jurídico. La doctrina social o sociológica del Estado considera a éste en la unidad de su naturaleza como construcción social; la doctrina jurídica lo considera como sujeto de derecho, y en este sentido es subsumible dentro del concepto de la corporación, siendo dado formular de esta suerte su sentido: corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentada en un determinado territorio. Socialmente se puede definir así: unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación y formada por hombres que viven y permanecen en un territorio.[58]

El problema de la ciencia del Estado: el "tipo"

Los elementos característicos del Estado quedan puestos muy de manifiesto en las anteriores fórmulas; y el lector puede ver cómo el concepto corporativo de persona jurídica y el del poder supremo de dominación han venido a ser recogidos por nuestro autor. El concepto del Estado, tal como aquél lo ha formulado, no tiene comprensión suficiente para abarcar todo lo que es consustancial al Estado, según Jellinek; así, por ejemplo, el concepto del órgano parece ser eliminado, y sin embargo, a él consagra un capítulo completo de la obra,[59] subrayando con estas palabras su esencialidad: "Un Estado sin órganos es una representación incompleta, equivalente a anarquía, por lo cual significa una *contradictio in adjecto.* El Estado moderno implica una pluralidad de órganos", y con respecto a éstos, la ciencia del Estado tiene como problema el que, según Jellinek, es el problema genuino del mismo considerado en su unidad, esto es, "buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado".[60]

[57] *Teoría general del Estado,* pp. 261-262.
[58] Véase esta obra, pp. 61 y 193-196.
[59] Cap. XVI, "Los órganos del Estado", pp. 485-505.
[60] Véanse pp. 78-79 de este volumen.

El concepto del "tipo" no lo toma Jellinek en un sentido ideal, el "tipo" de lo que debe ser, sino en un sentido plenamente empírico, que ha de expresar tan sólo "la unificación de notas entre los fenómenos; unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante aquélla, ordenamos la variedad de los fenómenos al extraer de éstos lo que les es común lógicamente". Este concepto del "tipo" equivale al concepto genérico socrático, y es del que usan a diario los naturalistas para sus explicaciones.[61] Pero Jellinek reconoce que políticamente ha tenido un enorme influjo la concepción ideal del "tipo", la aspiración a realizar lo que se considera que debe ser y no es.

No hay, pues, para nuestro autor, más ciencia del Estado que la meramente empírica, la que atiende al ser de su vida. ¿Sucede realmente así? Corre a través de la hermosa obra que ofrecemos a los lectores una inquietud científica, un anhelo, que no se aviene con una actitud reposadamente dogmática, como es la que entraña la conclusión a que hemos llegado. Son muchas las ocasiones en que el estudioso podrá sorprender juicios que indican cuán honda era la crisis de pensamiento del autor. En el propio ambiente ideal en que vivía Jellinek, en Heidelberg, ha surgido y viene trabajando hace largo tiempo un grupo de pensadores que han formado escuela; su orientación es manifiestamente idealista, y su influjo no deja de advertirse frecuentemente en Jellinek; estos pensadores son Windelband, Rickert y Lask.[62]

El fundamento último del derecho y el Estado: lo metajurídico

Cuando Jellinek se interroga acerca de la eficacia de la acción del Estado y del derecho, llega a esta conclusión interesante, en que su figura de jurista moderno aparece muy acusada:

> El derecho en sus últimos fundamentos no tiene el carácter de creador. Él sólo puede crear supuestos externos para la actividad positiva humana; mas el contenido lo presta concretamente la evolución histórico-social. Tiene, sin duda, el orden jurídico una determinada fuerza formativa y transformadora de la sociedad, pero sólo puede ser ejercida conforme a un plan preconcebido dentro de muy estrechos límites. Lo creador en el derecho no radica tanto en su aspecto jurídico reflexivo, como en su aspecto social e involuntario.[63]

[61] Véanse pp. 80-81 de este volumen, Sigwart, *Logik*, t. II, 2ª ed., pp. 240-241, 451, 711 y 712.

[62] Véase cap. I, n. 1; §4: "Ciencias normativas y ciencias causales", p. 68; y en general, las notas polémicas de los capítulos VI, VII y VIII. Véase sobre el concepto del "tipo", el trabajo de uno de los pensadores más modernos y originales de la escuela de Heidelberg, Lask, *Rechtsphilosophie, Habilitationschrift*, 1905, pp. 2-13.

[63] Véase p. 256 de esta obra.

¡Cuán distanciada queda esta actitud de la no por vieja superada, sino viva y muy viva aún, que espera de la ley, o de las revoluciones, que para el caso es absolutamente igual, la transformación de los contenidos íntimos, de los contenidos de conciencia!

Se advierte en estos juicios una primera concomitancia con la escuela histórica, escuela que influye profundamente en Gierke, escuela que opone el romanticismo de la espontaneidad a la acción reflexiva de la voluntad general, esto es, la costumbre, o sea la acción larvada, sorda e inconcisa, a la ley o formulación consciente y racionalmente elaborada. Pero este parentesco espiritual se muestra con más viveza al llegar al punto último de la sistemática del derecho político, cuando es menester preguntarse por las garantías últimas de la *obligatoriedad* del derecho, incluso para el Estado, no ya sólo para el ciudadano. ¿Dónde hallan su último fundamento el derecho y las instituciones políticas?

"La positividad del derecho —escribe Jellinek— descansa en última instancia en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo se edifica todo el orden jurídico."[64] ¡Quién no recuerda la función que desempeñaba en el sistema de Savigny este mismo concepto, la convicción *(die Uberzeugung)!*[65] ¿Cómo puede ser obligatorio el derecho que formula el Estado, aun para el Estado mismo? He aquí un problema de naturaleza *metajurídica,* dice Jellinek: "mas de que sea satisfactoria la respuesta a esta cuestión depende la posibilidad de todo derecho público, y por consiguiente de todo derecho en general", y Jellinek no vacila en recurrir a un principio que no tiene ciertamente sabor empirista: el principio de la autoobligación moral. Así pues, las raíces del orden jurídico se hallan en otro de naturaleza *metajurídica,* y en rigor, estrictamente ético.[66]

El derecho subjetivo en general y el público subjetivo

El problema del derecho subjetivo

Si el Estado debe obediencia a las normas jurídicas y su voluntad se limita a sí misma, ¿queda el ciudadano suficientemente garantido con ello

[64] P. 320 de esta obra.

[65] Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit,* p. 8.

[66] Véase Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatstenverträge,* 1880, pp. 3 y 9; en esta obra fue donde por vez primera habló Jellinek de lo *metajurídico; Gesetz und verordnung,* 1887, pp. 395-412 y capítulo último del tomo I de la *Teoría general del Estado.* Respecto al problema de la obligatoriedad del derecho para el Estado, pueden verse como libros en que se recoge la situación actual de la cuestión, Gavrilowitch, *L'État et le Droit,* 1911, cap. III; H. Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* Tubinga, 1911, caps. IX y XIV.

de poder obrar conforme a los imperativos del deber? ¿Podrán aunarse, o es una, idealmente, la exigencia ética y la posibilidad externa? ¿Hay un patrimonio jurídico propio, personal, o no hay más derechos que los de la comunidad, y en ellos van implícitos, y no como distintos, los derechos de cada uno de los sujetos que viven en la comunidad? En una palabra, ¿hay un derecho objetivo y otro subjetivo, o todo derecho, en cuanto tal, es por esencia objetivo? Sabido es que Locke y la escuela del derecho natural dan una respuesta que concuerda en considerar el patrimonio jurídico del individuo ya como previo a la comunidad política, ya como lo que ésta ha de garantir, o sea lo que justifica la existencia del Estado. Esta concepción culmina en la primera *"Declaration des droits de l'homme et du citoyen"*, cuyo artículo 2° dice así: *"Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la resistance a l'oppresion"*.

Esta posición doctrinal contribuyó poderosamente a dar un gran impulso al progreso político; pero como obedeció a una razón de ser histórica, superada aquélla, tal vez no haya razón de ser para que perduremos en la misma actitud ideal. Sin embargo, la oposición entre individuo y Estado ha dejado tan honda huella, que no es extraño, aun hoy, hallar pensadores para quienes el derecho se sigue resolviendo en mero derecho privado y al Estado no asignan otra misión que la de asegurar la vida de las personas, o el mío y el tuyo, como en la época de Hobbes y Kant, respectivamente.[67] La opinión más común continúa siendo la de considerar sustantivamente el derecho objetivo y el subjetivo. Este último es interpretado de dos distintos modos, que responden a dos distintas doctrinas: la de la voluntad y la del interés.

Teoría voluntarista de los derechos subjetivos

Al identificar la libertad con el derecho individual, la antigua escuela de derecho natural atribuyó a la voluntad la característica esencial del derecho. En Rousseau de una parte y en Hegel de otra, ha culminado esta dirección; las frases que de ambos hemos copiado en otro lugar dan muestra de ello. De aquí se ha derivado la doctrina según la cual el derecho subjetivo es concebido como "un poder de la voluntad reconocido por el derecho objetivo" o "un poder o dominio de la voluntad que ha sido

[67] Stammler es tal vez, en este sentido, el ejemplo más digno de nota. En su última obra, *Theorie der Rechtswissenschaft* (pp. 384 y 423-431), como en las anteriores, el Estado, lejos de ser concebido con un valor categórico, continúa siendo considerado como un fenómeno contingente en la historia, con lo cual se hace imposible una fundamentación científica del derecho político.

prestado al individuo por el orden jurídico". Las figuras más preeminentes entre los mantenedores de esta doctrina son Windscheid y Zitelmann.[68]

Como se ve, la protección del derecho objetivo es para la voluntad en sí misma, para los sujetos dotados de voluntad; ¿y para aquellos sujetos de derecho que, como las personas jurídicas, son considerados por muchos cual si no estuviesen dotados de voluntad?[69] ¿Y el no nacido y el loco? El problema cardinal, problema previo para aceptar como para rechazar esta doctrina, consiste en discernir cuál es la función de la voluntad en el mundo del derecho y hasta qué punto estamos autorizados para hablar de una voluntad nacional o de una voluntad humana. No queda la crítica circunscrita a estos términos, sino que además pone en cuestión, si cabe una determinación meramente formal del derecho subjetivo, o si la voluntad jurídica no tiene siempre un contenido, y es éste realmente el que el orden jurídico ampara.

La teoría del interés

Los juristas, acostumbrados a la visión concreta, suelen estimar más acertada la determinación del sentido del derecho subjetivo al considerarlo como "un interés jurídicamente protegido". Esta enunciación se debe a Ihering;[70] pero ha trascendido extraordinariamente, siendo hoy mantenido este criterio por Dernbur,[71] Hauriou[72] y Michoud,[73] entre otros. Para esta doctrina, la protección de los intereses es el fin del derecho. Pero ¿qué es interés? ¿Acaso se justifica el interés por sí mismo? El interés es siempre empírico, y ha menester, para ser justificado, por tanto, de un principio que trascienda de la experiencia. Si el derecho para Ihering, fundador de la teoría, sólo representa una fuerza eficaz y progresiva para la historia, en cuanto es subjetivo —pues el objetivo lo forman un conjunto de normas compresoras, coactivas— y se constituye por in-

[68] Windscheid, *Pandekten*, I, 9ª ed., pp. 155 ss.; Zitelmann, *Begriff u. Wesen der sogenmanten juristischen Personen*, pp. 62 ss.; en Francia, entre otros, Boistel, *Cours de philosophie du Droit*, pp. 23 ss.

[69] Véase, por ejemplo, entre los autores que últimamente han defendido con más sagacidad y más extremadamente esta tesis, enteramente atomista para el derecho, Holder, *Naturliche u. Juristiche Personen*, 1905, cap. I, la significación de la personalidad.

[70] *Geist. des römischen Rechtes*, t. III, 4ª ed., p. 339; edición francesa, vol. IV, pp. 326 y 337. Esta misma fórmula se repite después en *Zweck im Recht*.

[71] *Pandekten*, 6ª ed., I, p. 84. El derecho subjetivo del individuo lo define como la participación de éste en los bienes de la vida social.

[72] *Précis de Droit administratif*, p. 317, n. 3: *"Un intérêt individuel socialement garanti"*.

[73] Michoud, en su obra *La théorie de la personnalité morale*, I, §§ 47 y 48, considera igualmente el interés como el elemento fundamental del derecho, y la voluntad como secundario.

tereses jurídicamente protegidos, la función del derecho objetivo queda reducida a proteger, y carecemos de criterio para determinar *a priori* en qué consiste en general el derecho, y para poder llamar subjetivo a un derecho, hay que aguardar a que se le conceda protección. La virtualidad polémica y la eficacia política de este concepto quedan destruidas,[74] y el problema eliminado del campo de la filosofía pura del derecho.

Teoría conciliatoria: Bernatzik

Han pretendido algunos juristas aunar la dirección voluntarista con la del interés. Quien primero dio una doctrina del derecho subjetivo orientada en tal sentido fue Bernatzik.[75] Para este autor, tan esencial es la voluntad como el interés; se trata, dice, en el derecho subjetivo, de un fin, "de un fin humano para cuya realización reconoce el orden jurídico autoridad a la voluntad, de modo que los efectos jurídicos de la actuación de ésta queden atados, tanto a dicho orden cuanto a quien la voluntad pertenece". Esta igual esencialidad de ambos momentos se pone aún más de manifiesto cuando escribe: "Es indiferente que un instituto jurídico quiera proteger los intereses de tal o cual sujeto, si el orden jurídico no reconoce a la voluntad autoridad para realizar su propia y sustantiva actividad". Mas como para el autor el titular de la voluntad necesaria para la realización de los fines puede ser una persona distinta del sujeto del fin o interés, y a aquél no le reconoce el carácter de sujeto de derecho, henos aquí llegados a una conclusión que nos acerca mucho a Ihering: "El sujeto de esta voluntad no es sujeto de derecho, y éste no es, por tanto, un querer lícito" *(Wollendürfen)*.[76] Nos encontramos, además, como criterio último para reconocer cuándo hay un derecho subjetivo con el propio de Ihering: el reconocimiento, allí, del interés; aquí, del poder de la voluntad.

Teoría de Jellinek

Jellinek comparte la doctrina de Bernatzik, singularmente a partir de la segunda edición de su obra *Sistema de los derechos públicos subjetivos*, publicada en 1905. El dogma de la voluntad pura es rechazado por él; psico-

[74] Ritchies, *Natural Rights*, Londres, 1903, cap. I, considera precisamente que el reverdecimiento del derecho natural en determinadas épocas significa siempre un llamamiento a la conciencia individual para protestar contra la autoridad externa o contra la artificialidad.
[75] *Die juristische Persönlichkeit der Behörden, Zugleich ein Beitrag zur Theorie der juristischen Personen*, Friburgo, 1890, pp. 25-111.
[76] *Op. cit.*, pp. 65, 66 y 95.

lógicamente, dice, todo acto de voluntad humana necesita tener un contenido concreto, "no puede simplemente quererse, sino que siempre se quiere algo, como no es posible ver, oír, sentir, pensar, sino que toda percepción sensible y toda reflexión necesita tener un algo como contenido". ¿Qué contenido de la voluntad es el que protege el orden jurídico? Los intereses, entendidos como Ihering también los interpretaba; esto es, no meramente como bienes del mundo económico, patrimonial, sino bienes de índole espiritual. Hay, pues, en el derecho subjetivo, un aspecto formal representado por el momento voluntario, y un elemento material, que lo forman los bienes o intereses; de aquí que la definición de Ihering deba ser rechazada, dice Jellinek, porque abstrae demasiado el elemento voluntad. Los bienes o intereses que el derecho protege son tales a causa de su relación con la voluntad humana; esto es, sólo en cuanto posible contenido de una voluntad humana, adviene un objeto del mundo exterior o una relación de hombre a hombre, una parte del mundo de los bienes o intereses; sin la voluntad, el "algo" querido no adquiriría el carácter de bien o interés, y para protegerlo, el orden jurídico necesita ante todo reconocer y proteger el poder de la voluntad humana. El derecho subjetivo, concluye diciendo Jellinek, "es el poder de la voluntad dirigido hacia un bien o interés reconocido y protegido por el orden jurídico".[77]

Visión empirista del problema

El concepto fin no sólo fue interpretado por Ihering como medio, interpretación que al punto señaló la crítica, sino que sus adversarios, los voluntaristas, han opuesto voluntad a fin, como si realmente se tratara de términos oponibles, siendo así que la realización ideal de la ley de la voluntad equivale a la identificación de la voluntad con su fin, que es la libertad. Ni la voluntad ni el fin pueden ser tomados como medio, sino que precisamente la voluntad racional es lo que hace del hombre un fin en sí; considerar como medio la voluntad o el fin, es eliminar del derecho el criterio que asegura la continuidad del esfuerzo para la creación de condiciones que orienten las acciones hacia la realización de la libertad,[78] es preparar el resurgimiento del contrato de servidumbre, de esclavitud.[79]

[77] Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte,* 2ª ed., pp. 43-44.

[78] Kant, *Kritik der prak. Vernunft,* 3ª sección; paso de la metafísica de las costumbres a la crítica de la razón pura práctica; Hegel, *Enzyklopädie,* § 483; la voluntad es reconocida como medio por Jellinek, *System,* p. 44, y Michoud, *op. cit.,* t. I, §§ 47 y 48.

[79] Ihering, *Geist. d. röm R.,* cap. III, sobre la noción del derecho. Si el derecho, dice Ihering, consiste en voluntad, permítanse toda clase de contratos con tal que no sean ilícitos ni inmorales; el resultado, dice Ihering, sería preparar la servidumbre. La voluntad, continúa

La consideración del reconocimiento y protección exterior, ya de un poder de querer, ya de un interés como nota característica del derecho subjetivo, adolece del propio defecto metódico que la oposición entre voluntad y fin. *Mi* derecho, para serlo, ha menester ante todo ser derecho; por esto no puede tomarse el derecho objetivo como concepto originario, así como tampoco el derecho objetivo, entendido empíricamente; los opuestos se resuelven mediante un tercer término que los comprende, el cual es aquí el derecho, del que tanto uno como otro no son sino predicados. Los derechos subjetivos son reafirmaciones del derecho en sí. Todo derecho, en la dinámica de la vida, es exigido por un sujeto individual o colectivo, y en ese tanto es justo llamarle subjetivo, pero bien entendido que en cuanto derecho no es subjetivo, sino universal, trascendental. Lo que yo quiero, lo que me interesa, no por ser querido es derecho, sino que para elevarlo a tal dignidad, es preciso ver si contradice o concuerda con el principio del derecho; lo querido, lo deseado, son contenidos de la voluntad, y a ésta habrá que acudir, por tanto, para saber si debe ser amparado, protegido, dicho contenido; pero no a la voluntad individual, sino a la voluntad en sí, a la voluntad humana, universal, a la voluntad del hombre.

Podría parecer, que, considerado de esta suerte el derecho subjetivo, seguíamos careciendo de un criterio *a priori* para determinarlo; sin embargo, no es así. Del análisis de la voluntad jurídica va desprendiéndose el orden de las condiciones que la actividad jurídica del individuo puede exigir para cumplir su fin. El derecho a la existencia y el derecho al trabajo, por ejemplo, son derechos subjetivos, estén o no reconocidos por el orden jurídico existente, pues los derechos reconocidos son una expresión siempre insuficiente, si bien cada vez menos pobre, de lo que implícitamente contiene el principio de la voluntad jurídica. La historia del derecho revela, sin duda alguna, que crece sin cesar el número de los derechos subjetivos reconocidos; pero ni el ser subjetivo lo hace derecho ni para ser derecho subjetivo le fue preciso el reconocimiento; éste lo necesitó para que se le protegiese y defendiera, pero cuando era pedido, exigido, tenía el mismo carácter de derecho subjetivo que después de ser reconocido. La fundamentación científica, racional, del derecho al trabajo, por ejemplo, no se modifica por que se publique una ley en que se le reconozca.[80]

diciendo Ihering, forma ella misma el instrumento de su suicidio. Aquí se muestra cómo Ihering no llegó a ver con claridad la significación de la voluntad, la cual jamás podría negar la libertad, aun cuando los intereses empíricos, al convertirse en causas determinantes de aquélla, viciasen la fuente pura en que debe inspirarse la voluntad para ser tal: en su bien, que es el de todos, que es la libertad.

[80] Véanse acerca del problema del derecho subjetivo, Thon, *Rechtsnorm u. subjektives Recht*, 1878, pp. 175-181; Bierling, *Zur kritik der juristischen Grundbegriffen, Zw. Teil*, pp. 58 ss. Schuppe, *Der Begriff des subjektiwen Rechts*, 1887, especialmente §§ 1 y 8; M. E. Mayer,

Antecedentes de la doctrina de los derechos públicos subjetivos

Jellinek dio una conferencia en febrero de 1889 en la Sociedad Jurista, de Viena, con el título *Staat und Gemeinde*, en que se diseñaba ya el "sistema de los derechos públicos subjetivos". Los problemas que directamente acometió entonces fueron, primero, cómo había surgido en la historia la idea de un círculo de actividad libre para las municipalidades, y segundo, qué carácter jurídico era el de la relación de estas comunidades autónomas con el Estado. Jellinek llegó a esta conclusión: los municipios tienen derechos de *imperium*, ¿de dónde proceden?; no han sido creados por el Estado, pero sí reconocidos por él; sólo a éste corresponde la plena majestad del *imperium*, que al serle reconocido, no graciosamente, sino por ley, a sus miembros, municipios o corporaciones de cualquier otro orden, adquieren el derecho, y con él se elevan a corporaciones de derecho público, no en virtud de su propia naturaleza, sino en razón de la del Estado moderno.[81]

Las relaciones de la vida adquieren el carácter de relaciones jurídicas, en tanto son reconocidas y regladas por el derecho, dice Jellinek, y de estas relaciones jurídicas emergen los derechos subjetivos, los cuales suponen la existencia de un orden jurídico mediante el cual son creados, reconocidos, y en mayor o menor medida, protegidos. Todo querer, poder, tener del hombre, es elevado, pues, a acción y situación jurídica desde la esfera de los hechos naturales de la vida, mediante el derecho objetivo. Si todo derecho subjetivo supone un orden jurídico objetivo, los derechos públicos subjetivos exigirán como supuesto un orden jurídico público.[82]

Los titulares del derecho subjetivo

El titular del orden jurídico público es el Estado, que, cuando es soberano, esto es, cuando se determina por sí, según Jellinek, crea su propio orden jurídico; mas si el Estado es el único titular del derecho público, parece quedar excluida la posibilidad de un derecho público del individuo, y si se atribuye a la persona individual derechos públicos, entonces adviene ésta sujeto del derecho público, lo cual parece encerrar una con-

Rechtsnormen u. Kulturnormen, 1903, pp. 52-61; Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903, pp. 116-132; Kelsen, *op. cit.*, pp. 567-618; Iginio Petrone, *Il diritto nell mondo dello Spirito*, 1910, 2ª y 3ª partes; G. del Vecchio, *Il concetto der diritto*, 1912, cap. IV; Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positif*, t. I, 1901, cap. III, § 3, y *Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, t. I, § 1.

81 *Ausgewahlte Schriften*, II, pp. 334-360.

82 Jellinek, *System*, pp. 8-9.

tradicción; sobre este razonamiento descansa la negación de los derechos públicos subjetivos. Pero quien esto niegue no advierte las consecuencias de su negativa. Todo derecho es relación entre sujetos de derecho; no se puede pensar en uno de éstos totalmente aislado; por consiguiente, si el Estado ha de tener derechos, necesita reconocer otras personas de las que pueda exigir, esto es, respecto de las cuales tenga derechos; una relación efectiva de poder adviene jurídica si los dos miembros de la relación, dominante y dominado, se reconocen uno a otro como mutuos titulares de derechos y deberes. La existencia del derecho público depende, por tanto, de la existencia de derechos por parte de sus miembros. El derecho público objetivo, de una parte, y el subjetivo del Estado, de otra, están condicionados por el hecho de que tanto el señor o soberano cuanto los súbditos, sean sujetos de derecho.[83]

División de los derechos subjetivos. La distinción entre "poder" y "ser lícito"

Los derechos subjetivos se dividen en privados y públicos. ¿Qué es lo que diferencia a unos de otros?, ¿el elemento material, el formal o ambos? El orden jurídico puede permitir, reconocer, que la voluntad individual use de su "libertad natural" en ciertas direcciones, esto es, sólo en aquel caso en que la "libertad natural" de uno toca a la esfera de la "libertad natural" de otro; si una acción no es capaz de producir un efecto jurídico relevante en los demás, no puede ser considerada como "permitida"; mas los efectos de esta permisión se circunscriben a suprimir la prohibición. Pero hay acciones que no tiene sentido que se las permita, esto es, que se las ampare, pues son indiferentes al mundo del derecho; por lo cual las acciones se dividen en jurídicas relevantes e indiferentes al derecho. Las acciones jurídicamente relevantes, permitidas por el orden jurídico, forman en su unidad lo que es lícito a los individuos en el derecho *(das rechtliche Dürfen)*.

Pero el orden jurídico añade algo a la capacidad de acción del individuo, según Jellinek, algo que no tiene éste por naturaleza, que no cae dentro de la "libertad natural", y esta segunda función del orden jurídico, eminentemente positiva, es considerada por el autor como una concesión, una prestación *(Gewähren)*, que se traduce para el individuo en un poder *(Können)*. Para el orden jurídico hay, pues, dos órdenes de actividad: "permitir" y "conceder" *(Erlauben* y *Gewähren)*; para la voluntad individual, dos situaciones, la de "ser lícito" y "poder" en sentido de tener ca-

[83] Jellinek, *System*, p. 10.

pacidad para la acción *(Dürfen* y *Können).* El derecho subjetivo privado contiene necesariamente tanto un acto de permisión del orden jurídico cuanto una concesión (esto es, tanto un *Dürfen* cuanto un *Können),* mientras que los derechos subjetivos públicos sólo contienen una concesión de capacidad *(Können):* la capacidad que no corresponde a la "libertad natural" de poner en movimiento normas jurídicas en interés del individuo. Se trata, pues, en el derecho subjetivo público, de un derecho creado, de una ampliación de la libertad natural, y tiene por base una concesión de poder.[84]

El "poder" se identifica con la capacidad jurídica, indica las direcciones particulares en que puede ésta mostrarse. El "poder", en su unidad, representa, pues, la personalidad; por esto todo derecho subjetivo público de los súbditos tiene por base cualificaciones de la personalidad, o lo que es lo mismo, considerados formalmente, son exigencias que resultan de cualificaciones concretas de la personalidad.[85] El derecho subjetivo privado es separable de la persona de su titular; el derecho subjetivo público, no.[86]

Significación de la doctrina de derecho subjetivo público de Jellinek

Los derechos subjetivos públicos se nos muestran, pues, como una función del orden jurídico, el cual —tal vez a pesar del autor— se identifica con el Estado en la doctrina de Jellinek; esto es, son, no ya permisiones, sino concesiones que amplían la capacidad jurídica misma, no el ejercicio de la capacidad jurídica. El problema continúa colocado en un plano totalmente empírico, y si la antigua escuela del derecho natural identificaba estos derechos con la libertad previa a la existencia del Estado, Jellinek hace de ellos una creación arbitraria del Estado. Es más, no hay un solo pasaje por donde se pueda colegir que Jellinek distingue el conjunto de instituciones, de la comunidad jurídica en sí, ni la función del orden jurídico, de las funciones de gobierno.

Si cupiese alguna duda de ello, bastaría tener presente la división que hace Jellinek de las acciones relevantes jurídicas en permitidas o prohibidas, lo que equivale a eliminar del mundo de las acciones relevantes jurídicas todas las que caen bajo la esfera del "poder" *(Können),* porque éstas son concedidas *(Gewähren).* La lógica arrastra a Jellinek a una con-

[84] *System,* pp. 45, 46 y 54. "Libertad natural", dice Jellinek, p. 46, está usada aquí en el sentido de posibilidad de acciones psíquica y físicamente independientes del Estado.

[85] *Op. cit.,* pp. 45, 46 y 54.

[86] *Op. cit.,* pp. 25 y 46.

secuencia más extremada aún y que no le complace, a saber: la desaparición de toda relación relevante jurídicamente en sí misma. Porque si estas relaciones forman en conjunto lo lícito jurídicamente, y la declaración de licitud constituye el contenido de la función permisiva llevada a cabo por el orden jurídico, resulta evidente que sin esta función no hay acciones de aquel carácter. Otra posición cabe dentro del pensamiento de Jellinek: si la relevancia jurídica de una acción depende de que produzca un efecto jurídico,[87] no tendrán necesidad muchas de ellas ni de la permisión ni de la concesión; ahora bien, este concepto de acciones que por su naturaleza son jurídicas, es extraño a la concepción de Jellinek.

No queremos decir con estas observaciones que la relación jurídica sea susceptible de ser considerada tal, abstracción hecha del orden jurídico; lo que sí afirmamos es que, entendido el Estado por nosotros como la unidad de la voluntad jurídica de la comunidad, los derechos subjetivos públicos abarcan las condiciones que la voluntad jurídica de los miembros del Estado han menester para cumplir con su función, esto es, con su deber, y así como éste no es un concepto que nazca de una concesión, tampoco puede serlo el de derecho subjetivo. La posición de Jellinek indica un momento de transición en la evolución de esta doctrina; sin duda que no se trata de derechos anteriores al Estado ni contra el Estado, sino de derechos en el Estado; pero ¿cómo se ha de comprender la relación de estos derechos con el Estado? Esto es lo que en la doctrina de Jellinek no se fundamenta suficientemente. Luchan en él dos teorías que no quedan fundidas: la de la pretensión *(Anspruch)* y la del reconocimiento *(Anerkennung)*. Mediante la primera, los derechos son tales por sí, y apoyados en las razones que justifican la pretensión se pide amparo, protección; mediante la segunda, los derechos más fundamentales viven a precario.

La distinción entre el derecho público y el privado

Jellinek conserva la distinción romana entre derecho público y privado. Sin embargo, tampoco su actitud es en esto plenamente ortodoxa. La personalidad, dice Jellinek, es *juris publici;* es más, el Estado crea la "personalidad"; así pues, si el Estado crea aquélla, resulta el derecho privado edificado sobre la base del público. No hay derecho privado, continúa diciendo Jellinek, que no tenga por supuesto una determinada propiedad pública de la persona; por ejemplo, no hay propiedad sin capacidad, ni contrato sin obligatoriedad, ni testamento sin *testamenti factio.* Estas capacidades

87 *Op. cit.*, p. 46.

que sirven de base a las acciones del derecho privado, no significan sino la propiedad atribuida a un sujeto para poder obtener en interés propio la protección jurídica del Estado. El interés común existe en todo interés que es objeto de reconocimiento jurídico; lo que varía es el *cuantum*, afirma Jellinek.[88]

Esta distinción tiene una razón de ser histórica, razón que ya no atiende Jellinek, muy justamente; él reconoce que no hay entre los intereses jurídicos, intereses que totalmente revistan uno u otro carácter, sino que siempre el interés jurídico es común y sólo varía el grado. Ya Bacon afirmó que *Jus privatum sub tutela juris publici latet*,[89] y hoy, época de solidarismo, estamos autorizados y obligados como nunca a decir que en el orden de las cualificaciones jurídicas todo derecho positivo tiene un carácter público, y es tal precisamente porque está orgánicamente inserto dentro de la unidad de la vida civil y tiene los mismos fines que ésta se propone. No pretendemos identificar la totalidad de las relaciones jurídicas y positivas; esto sería ir en contra de la evolución científica caracterizada por una diferenciación creciente, sino encontrar la serie empírica de los atributos elementales y comunes a la vida del derecho, serie que comienza con estas notas: civil, público; lo peculiar y distinto a cada rama jurídica habrá de buscarse donde ya hoy se busca, a saber, en la finalidad de la relación.[90]

IV. La crisis de la dogmática del derecho público. Conclusión

Crisis de principios

Estamos en un momento de honda crisis para la vida política mundial, y esto procede de la decrepitud en que han caído los principios sobre los cuales ha sido edificado el orden jurídico de nuestra época. Un sentimiento profundamente conservador, el sentimiento del temor, mantiene aparentemente firme la construcción arquitectónica levantada por la ideología política del siglo XIX; difícilmente, sin embargo, se buscará una nueva construcción sistemática del derecho político en que no se advierta esta crisis radical de las ideas. La crítica del actual régimen económico, clave del régimen político en que vivimos, ha sido llevada ya a términos tan claros y precisos como no llegó a alcanzarlos el siglo XVIII

[88] *Op. cit.*, pp. 53 y 82-84.
[89] *De Dignitate*, lib. VIII, apéndice III.
[90] Véase acerca de este punto la citada obra de Kelsen, pp. 268-270, y el reciente libro consagrado exclusivamente a esta cuestión de Angelo d'Eufemia, *Il diritto privato e il diritto pubblico*, Nápoles.

respecto del "antiguo régimen". Mas así como el sentimiento liberal supo inspirar por entonces la doctrina constitucional, hoy este mismo sentimiento no acierta a hacer nacer una construcción política que satisfaga de un modo inequívoco el ansia de que se reorganice la vida patrimonial, y en general la vida civil, poniéndola en concordancia con los ideales de nuestro tiempo.

La ortodoxia de que ha vivido políticamente el siglo XIX —el siglo más político que hemos tenido en la historia cristiana occidental, porque es el que ha llamado a la comunidad del pueblo para que fuera ella el sujeto creador de su propia historia— se ha roto. Sus afirmaciones esenciales de carácter doctrinal, la soberanía como rasgo jurídico característico del Estado, o es desechada, como lo hacen hoy algunas de las figuras más preeminentes de la ciencia política alemana, por no ser apto aquel concepto para explicar una realidad histórica cual es la del Estado alemán, o es concebida de muy distinta suerte.[91] El principio del "Estado de derecho", principio que tanto preocupara a Schelling al querer hacer del sistema del derecho un círculo total, esto es, cerrado, muéstrase ya al análisis moderno como problema insoluble de un modo absoluto dentro del derecho; porque hay un punto en que inevitablemente nos encontramos con el hombre, y no más que con él, en que surge la esfera de lo discrecional, esto es, lo jurídicamente intencionado.[92] La doctrina de los poderes sustantivos y exclusivos titulares de las funciones de gobierno resulta inadmisible, porque todos los órganos del Estado participan en más o en menos de las funciones de los otros;[93] y por esto mismo, asignar al Estado por nota distintiva el *imperium*, después de concebir a aquél como dualidad de gobernantes y gobernados, es inexacto; se trata de una función de la que todos participan, esto es, el *imperium* es un *coimperium*, no de otro modo que somos cosoberanos. Los derechos individuales sufren una transformación sustancial en su justificación, y el civilismo de que está invadido el derecho político pugna por ser arrojado fuera; así, por ejemplo, la ciencia francesa advierte que la representación y el

[91] Véase el capítulo XIV que consagra Jellinek a la soberanía en esta obra. Véase en otro sentido a Seydel, *Kommentar zur Verfassungskunde für das Deutsche Reich*, 1897, pp. 6 ss. Véanse además Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1911, I, pp. 113-128, y bibliografía allí citada; S. Panunzio, "Syndicalisme et Souveraineté" (*Le Mouv. Socialiste*, julio-agosto de 1913, pp. 59-73).

[92] Sin embargo, puede hacerse mucho en esta orientación, porque el reconocimiento de acciones en el derecho público contra los llamados actos de autoridad comienza ahora. Véase el trabajo de Ed. Jenks, *Le régime de Droit dans le système administratif Anglais* ("Rapports presentés à la troisième Section du Congrès International des Sciences Administratives à Bruxelles"), 1910, III, 1-6; J. Barthèlemy, "Sur l'obligation de faire ou de ne pas faire et son exécution forcée dans le Droit public" (*Revue de Droit Public*, núm. 3, 1912).

[93] Véase el libro de Artur, *Séparation des pouvoirs et des fonctions*, 1905, y Giner, *Teoría de la persona social*, pp. 418-419.

mandato son relaciones jurídicas inadecuadas para servir de fundamento a la creación del órgano legislativo del Estado, si bien vacilan muchos en aceptar la doctrina alemana del órgano;[94] pero aún pervive la idea según la cual el Estado, en cuanto fisco, tiene vida privada, idea derivada de la distinción romana entre erario y fisco, que hizo posible entonces someter parte de la vida del Estado al derecho, pero que no hay razón jurídica que la justifique hoy a nuestro modo de ver, porque el Estado siempre es tal, cualquiera que sea la relación en que se muestre, y no hay acto de carácter económico que no lleve a cabo para servir a fines de naturaleza pública.[95]

Crisis de instituciones

Las instituciones creadas para servir a estos principios han sido las primeras en flaquear. Toda la mecánica del régimen constitucional descansa sobre la institución parlamentaria, y sin duda por ello se ha dirigido contra el parlamento, la crítica de nuestro tiempo. Ha sido el *esprit* francés quien ha lanzado sobre él esta frase demoledora: *el régimen parlamentario* —entiéndase también el representativo— *es el régimen de la incompetencia;* y enfrente de él y como su opuesto surge el sindicalismo, o sea la federación de sindicatos profesionales, grupos técnicos que han de ser los que elaboren las medidas de carácter público. Esta afirmación técnica que lleva consigo el sindicalismo lo conduce a una actitud hostil también para con la democracia. Queda subsistente el valor ético de ésta, porque significa la autonomía de la voluntad colectiva en el orden jurídico;[96] pero después de la crítica sindicalista, pesa sobre aquélla como institución histórica, esto es, sobre la forma actual de estar organizada, la acusación de que es un obstáculo para el logro de los fines que le sirvieron de fundamento.[97]

[94] Sin embargo, algunas de las más grandes figuras de la ciencia del derecho en Francia la han aceptado. Véase Michoud, *op. cit.*, t. I, pp. 131 ss., y Hauriou, *Droit Public*, 1910, pp. 659 ss.

[95] Véase Barthèlemy, *Droit Administratif*, 4ª ed., pp. 43 ss.; Hauriou, *Droit Administratif*, pp. 201 ss.; Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im bürgerlichen Gesetzbuch*, 1899, *passim;* G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, compruébese t. I, § 149, y t. II, §§ 11, 12, 20 y 21. Entre nosotros, Posada, *Derecho administrativo*, II, pp. 263 ss.; Santamaría de Paredes, *Curso de derecho administrativo*, 1911, pp. 721 ss. El concepto legal del patrimonio del Estado puede verse en el artículo 1° de la ley de administración y contabilidad de la hacienda.

[96] Véase una defensa de la democracia por su valor humanista en el libro de David Koigen, *Die Kultur der Demokratie*, Jena, 1912.

[97] Véase Maxime Leroy, *La loi. Essai de l'autorité dans la démocratie*, Alcan, 1908; en defensa de la democracia, Bouglé, *Sindicalisme et Démocratie*, 1908; *La démocratie devant la Science*, Alcan, 1909. Véase en *Le Mouvement Socialiste* (febrero de 1911), la actitud de Lagardelle frente a G. Sorel, con motivo de la evolución de éste hacia la derecha, por representar

La antinomia política actual

La transformación política más honda que se ha operado en la segunda mitad del siglo XIX ha sido la relativa a los fines del Estado; a consecuencia de ello, la actitud actual de éste ante los conflictos sociales es enteramente otra. En nombre del fin último y supremo del Estado, la justicia, se ha exigido que intervenga en la polémica de los intereses de los grupos sociales y que recabe para sí la gestión y administración de servicios que antes no le estaban encomendados, y de aquí ha nacido el concepto jurídico del servicio público, concepto que estaba definido por la naturaleza del fin que le hizo nacer, a saber: asegurar a la sociedad el funcionamiento de un servicio que la sociedad estima indispensable para su vida.[98] Ahora bien, si es indispensable el servicio, se ha estrangulado el derecho de huelga.[99] El caso de Francia militarizando el servicio de los ferroviarios en virtud del decreto de 16 de julio de 1910, y la ejecución de esta misma medida en nuestro país, en virtud del artículo 22 del proyecto de ley de 15 de octubre de 1912, y la interpretación que ha sido dada a los artículos 219, 220 y 221 de la ley de reclutamiento por el real decreto de 3 de octubre de 1912, son consecuencias derivadas de la aplicación del principio del servicio público. Si se considera que es el derecho de huelga el que debe prevalecer, hay que hacer un alto en el intervencionismo, porque el principio del servicio público ha nacido al calor del socialismo de Estado. Ésta es la antinomia que necesita resolver de un modo inmediato nuestro tiempo, porque de seguir esta ruta, pronto comenzarán a sentir las organizaciones obreras los efectos de un derecho disciplinario, ahogadizo, medieval.

éstas, decía, fuerzas sociales *igualmente* (?) antidemócratas. Si el anarquismo militante continúa tomando como credo el del sindicalismo, habremos presenciado una transformación radical en el *idearium* anarquista; frente a su antiguo sueño de democracia directa, nace el concepto aristocrático de la *élite*, como la llamada a dirigir el sindicato (Pouget); a la ausencia de toda coacción sucede un férreo derecho disciplinario. Véase sobre esta cuestión el parecer de un sindicalista, S. Panunzio, "Anarchisme et Syndicalisme" (*Le Mouv. Socialiste*, diciembre de 1910). Como libro de conjunto para conocer el estado actual de la concepción de un derecho sindical, M. Leroy, *La Coutume Ouvrière*, París, Giard el Briere, dos tomos, 1913; es de interés igualmente el estudio de S. Panunzio, "Le Droit Syndical et la notion d'autorité" (*Le Mouvement Socialiste*, julio-agosto de 1912, pp. 81-96).

[98] Véase Duguit, *Les Transformations du Droit Public*, 1913, p. 41; núm. 3, de 1913, p. 508, de la *Revue de Droit Public*, trabajo de G. Jèze, sobre "Les élements essentiels du service public", y Lagardelle, "Les services publics et le syndicalisme" (*Le Mouvement Socialiste*, marzo de 1911).

[99] Véase Louis Rolland, "La grève des agents d'un service public concèdé" y "La grève des cheminots et les moyens employés pour y mettre fin" (*Revue de Droit Public*, 1910, pp. 504-524 y 740-763).

La categoría de la libertad

La solución ha de arrancar de la fundamentación de un criterio intervencionista, criterio de que carece la moderna ciencia política. Este criterio sólo puede suministrarlo un análisis de la idea de libertad, verdadero fundamento, categoría radical de la vida civil, de donde ha de emerger el sistema de condiciones que ha de hacer posible a la voluntad jurídica —voluntad que es de suyo federativa, aglutinante—, que cada hombre pueda resolver el problema trascendental de su vida: la vocación.

FERNANDO DE LOS RÍOS URRUTI

Granada, diciembre de 1913

Libro Primero

INVESTIGACIONES PRELIMINARES

I. EL PROBLEMA DE LA DOCTRINA DEL ESTADO

1. LUGAR QUE OCUPA EN EL SISTEMA DE LAS CIENCIAS LA DOCTRINA DEL ESTADO

El hombre, en cuanto ser psíquico, es objeto de la ciencia de un doble modo: como individuo o como ser social. Las disciplinas de las ciencias del espíritu[1] tienen como problema la investigación de los fenómenos de la vida humana en común y constituyen la ciencia de la sociedad o ciencia social.[2]

Los fenómenos de la vida social humana divídense a su vez en dos clases: aquellos que son esencialmente determinados por una voluntad directriz, y aquellos otros que existen o pueden existir sin una organización debida a actos de voluntad. Los primeros están sometidos necesariamente a un plan, a un orden, emanado de una voluntad consciente, en oposición a los segundos, cuya ordenación descansa en muy otras fuerzas.

En la realidad de los hechos, no es posible separar totalmente estos dos modos del orden social, pues dada la unidad indivisa de la vida social no puede existir el uno sin el otro. Así, por ejemplo, no es posible hallar un Estado desarrollado en que no exista una economía social, e igualmente es inseparable la vida económica, de la existencia de un Estado. No obstante, es posible y aun necesario establecer una separación conceptual entre ambos órdenes, pues como más tarde habremos de explicar, todo conocimiento sólo es posible a condición de aislar el objeto que vaya a ser estudiado, desposeyéndolo de los elementos contingentes que le rodean y de las relaciones bajo las cuales se nos ofrece su existencia.

Entre los fenómenos sociales que carecen de una dirección intencionalmente ordenada se encuentran el lenguaje, la costumbre, la actividad científica y artística y la vida económica; y entre las relaciones sociales

[1] En vez de la división de las ciencias en ciencias del espíritu y ciencias naturales, se busca hoy otra oposición de términos, por razones muy fundadas, a saber: ciencias naturales y ciencias de la cultura. Véase Rickert, *Kulturwissenschaft u. Naturwissenschaft*, 1898, *Die Grenzen der Naturwissenschaftlichen Begriffsbildung*, 1902, quien ha encontrado ya muchos continuadores. Por consiguiente, nuestro tema hace referencia a fenómenos que según esta división no caen por entero dentro de uno de los dos órdenes de saber, sino que está en el límite de ambos *(Grenzgebite)*. A fin de no aumentar la confusión reinante en la terminología nos atendremos a los términos usuales.

[2] Sobre el contenido y división de las ciencias sociales ha tratado últimamente G. von Mayr, *Begriff u. Gleiderung der Staatswissenschaften* en el *Jestgaben für Schäffle*, 1901, p. 325.

nacidas por un acto voluntario de concordancia están la mayor parte de las agrupaciones económicas, espirituales, éticas, religiosas; así, por ejemplo, la familia, empresas financieras, asociaciones de toda índole, Iglesia. El más importante de los fenómenos sociales que descansan en una organización determinada por la voluntad humana es el Estado, cuya naturaleza hay que admitir en este lugar como un supuesto dado. Cualquier explicación que se intente de una disciplina científica necesita colocar al comienzo una serie de supuestos que sólo más tarde adquieren una fundamentación honda, firme.

Como todos los órdenes de organización no pueden existir sin el Estado, el cual por la extensión de su actividad y el influjo que ejerce en los hombres toca a la vida social íntegramente y la determina, se ha llamado a menudo, aun en estos últimos tiempos, a la totalidad de las ciencias sociales, con excepción de la ciencia del lenguaje, que se considera afín a las ciencias naturales,[3] ciencias del Estado. La terminología que se usa es manifiestamente inexacta, pues es preciso distinguir el efecto del Estado en la vida social, del Estado como causa. La ciencia del Estado se ocupa más bien exclusivamente de la investigación relativa al Estado y de los elementos que vienen a constituir como miembros suyos la arquitectónica del mismo. En lo que toca a sus relaciones con otros órdenes sociales, sólo serán objeto de esta ciencia en cuanto la actividad consciente del Estado haya de relacionarse con ellos, ya para regularlos, ya para exigir su desarrollo; así, por ejemplo, la enseñanza toca a las ciencias del Estado sólo en cuanto el Estado interviene para ordenarla, para dirigirla; pero el aspecto técnico de esta actividad pública no compete al Estado, sino a otra disciplina, la pedagogía, que pertenece a las ciencias sociales del segundo grupo. Apenas si existe un orden de actividad en la comunidad que no esté en alguna relación con el Estado, pero de esto se deduce que las ciencias del Estado tienen relaciones con las otras; mas no que éstas deban ser absorbidas en aquéllas.

Así como el Estado se ofrece bajo aspectos muy varios, así también hay una diversidad de puntos de vista bajo los cuales puede aquél considerarse; de aquí se sigue la necesidad de la especialización de las ciencias del Estado, necesidad que se nos ha manifestado, que se nos ha impuesto, por un conocimiento progresivo de esta ciencia, lentamente alcanzado. Al comienzo de su historia, la ciencia del Estado se mostró una, como tantas otras disciplinas que sólo más tarde se han ido subdividiendo, diferenciando; bajo esa unidad se nos presenta con los helenos; para ellos,

[3] Véase esta posición en Schleicher, *Die Darwinsche Theorie u. die Sprachwissenschaft*, 1873, p. 7; Max Müller, *Die Wissenschaft der Sprache*, 1893, I, p. 21; la opinión más exacta y dominante la ha sostenido y explicado Paul, *Grundriss der Germanischen Philologie*, 2ª ed., I, 1896, p. 160.

política es el conocimiento de la πόλις y abarca como objeto propio las acciones de los miembros de la ciudad en todos sus aspectos; de suerte que esta expresión, política, usada hoy, aun cuando procede de los antiguos, no es equivalente en su contenido al vocablo moderno. Falta a la doctrina antigua, o al menos no está claramente vista en ella, la variedad de relaciones y aspectos de la vida del Estado que es preciso diferenciar. No obstante, bajo la acción de esta concepción antigua se ha venido considerando hasta nuestros días como equivalentes los términos ciencia del Estado y política, singularmente en los pueblos latinos y en Inglaterra, en los cuales *"science politique"*,[4] *"scienza politica"*, *"political science"*, etc., indica el conjunto de las ciencias del Estado; pero una especialización de las disciplinas así descritas, o no se ha intentado o se ha hecho de un modo insuficiente.

Toda la ciencia del derecho cae bajo el dominio de las ciencias del Estado en el sentido que hemos dado a esta expresión; es decir, en cuanto el derecho sólo puede ser el producto de una asociación humana organizada. La antigua ciencia del Estado no diferenció suficientemente la doctrina del derecho de la del Estado, porque para ella toda la vida humana en común era un modo de la vida del Estado. La especialización y perfeccionamiento del derecho por los romanos, a quienes se debe la ciencia del derecho, hicieron de éste una disciplina independiente. De aquí que deba distinguirse entre ciencia del Estado en su amplio sentido, que comprende la ciencia, y ciencia del Estado en sentido estricto. Tan sólo en este último aspecto vamos a considerarla nosotros.

Por consiguiente, las ciencias del Estado y las del derecho se encuentran en una íntima conexión y hay disciplinas que necesitan ocuparse de ambas. Son éstas, singularmente, aquellas que se ocupan de los caracteres o notas jurídicas del Estado y de las relaciones del mismo; en este caso se hallan dentro del círculo de las doctrinas del derecho público, las del derecho constitucional, administrativo e internacional. Son tanto ciencias del Estado cuanto del derecho. La significación de este nexo interno entre las dos ciencias de que venimos ocupándonos será tratado más ampliamente en otro lugar.

Las ciencias se dividen en narrativas (descriptivas), explicativas (teoréticas) y de aplicación (prácticas). Las primeras se proponen fijar y ordenar los fenómenos, las segundas determinar las reglas de sus conexiones, las últimas, en fin, utilizar estos hechos y relaciones para los fines prácticos.

Es imposible trazar una línea divisoria entre ciencias descriptivas y explicativas, especialmente cuando se trata de ciencias sociales; aun en

[4] En nuestro tiempo se emplea este término en plural, y así dicen los franceses *"sciences morales et politiques"*.

las mismas ciencias naturales se ha considerado que la explicación de un fenómeno no es otra cosa que su descripción.[5] A diferencia de lo que ocurre con gran parte de los hechos naturales, sucede con los fenómenos sociales que no tienen un modo constante, sino que más bien son de índole dinámica y cambian conforme a su carácter, a su intensidad, a su duración, sin que sea posible aplicarles leyes fijas acerca de su evolución y regresión, como hacen las ciencias naturales con los fenómenos de la vida. El objeto de las ciencias sociales se encuentra, pues, en cambio constante. Un punto de vista especulativo, que, aun cuando no tenga más que un valor hipotético para el perfeccionamiento de nuestro saber, no es jamás enteramente superfluo, podría ver en esta mudanza una evolución progresiva; pero la investigación empírica, por el contrario, no podrá ver en estos casos más que cambio y no evolución. Que el Estado de la Edad Media comparado con el antiguo, signifique un paso más en la evolución, como a menudo se dice, difícilmente podrá probarse;[6] pero era sin duda esencialmente otro que el antiguo por sus caracteres, existiendo en él notas muy claras que ni aun en germen estaban apuntadas en las direcciones antiguas. La división característica de la Edad Media entre príncipe y pueblo, oposición que nunca llega a resolverse en una unidad, la representación de las ciudades, la exigencia de una esfera limitada para el Estado, todos éstos eran fenómenos que no tenían precedente en el de la Antigüedad.

Como se ve, el Estado ha cambiado esencialmente en algunos de sus caracteres, en el curso de su vida, lo cual no ocurre con las cosas de la naturaleza que, o permanecen inalterables, o sus modificaciones se hacen según leyes fijas, bien porque de un modo rítmico se reproduzcan sus fases de vida siempre del mismo modo, ya porque se sucedan según un principio de formación progresiva o de regresión. Las observaciones apuntadas son de un valor fundamental para la investigación del método en las ciencias sociales, y habremos de volver sobre ellas, así como de igual suerte nos será preciso una aclaración para saber las limitaciones que tiene el conocimiento causal en este orden de ciencias.

[5] Véanse las afirmaciones consignadas por G. Kirchoff, *Vorlesungen über mathematische Physik, Mechanik*, 1874, p. 1. La descripción completa de una cosa aislada o de un fenómeno particular supone el conocimiento pleno, acabado, de las relaciones del mundo, lo cual es un ideal inasequible. Agotar la descripción de un ejemplar de un género animal, exige el conocimiento de las leyes de la generación, crecimiento, circulación de la sangre y, en general, de todas las leyes mecánicas, físicas, que implica aquel fenómeno. De aquí que la división de las ciencias en descriptivas y explicativas, así como en ciencias de la naturaleza y de la cultura, no signifiquen, según dice acertadamente Windelband, sino "conceptos límites, entre los cuales queda moviéndose la obra viva de las disciplinas particulares, con infinidad de matices sutiles" *(Die philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts,* I, p. 179).

[6] Véanse las observaciones acertadísimas de Ed. Meyer, *Die Wirtschaftliche Entwicklung des Altertums*, 1895, p. 6, y *Die Sklaverei im Altertum*, 1898, pp. 5 ss.

Por las razones anteriores se ve claramente cuán a menudo en las disciplinas sociales, descripción y aclaración no pueden ir la una sin la otra; así, por ejemplo, quien escriba la historia de las modificaciones que ha sufrido un fenómeno social en el transcurso de la historia, y haga resaltar las transformaciones que va experimentando su naturaleza interior, habrá de explicar al propio tiempo la relación que ha ido existiendo entre estas fases diversas, si es que no quiere permanecer en una actitud anticientífica, de mera apreciación de lo exterior y superficial.

Hemos de enumerar las disciplinas particulares de las ciencias del Estado, pero es necesario afirmar, para los fines de la orientación, que esta diferenciación es conceptual; en lo que toca a la naturaleza de su objeto existe entre ellas una relación estrechísima; la separación entre estas distintas posiciones científicas no puede ser en modo alguno cortante, absoluta.

El fundamento descriptivo de todas las ciencias sociales, y entre ellas de las del Estado, es la historia, la cual expone y fija los hechos sociales trazando su evolución, y mostrando el enlace externo e interno que existe entre los mismos.[7] De la historia política singularmente puede decirse esto, en cuanto se ocupa del devenir del Estado, de su destino y desaparición; esta disciplina es la auxiliar principal de quienes investigan acerca de las ciencias del Estado; mas también es de importancia suma para la solución de los problemas teóricos de estas ciencias, la historia social, la cual, si bien no trata de manera inmediata las cuestiones políticas, se ocupa de la conexión objetiva de los fenómenos sociales.

En la historia es preciso incluir la descripción de los Estados modernos, sus instituciones contemporáneas y la estadística política y administrativa, entendida ésta como "la investigación exacta de aquellos aspectos de la vida del Estado y de la sociedad que son susceptibles de ser representados numéricamente".[8]

La ciencia *explicativa* del Estado es la ciencia teórica o doctrina del mismo, cuyo problema está constituido por el conocimiento de los fenómenos del Estado en todas las direcciones de su existencia. Empero es al propio tiempo ciencia descriptiva, en cuanto precisa y determina cuáles son las notas distintivas del Estado y las formas de sus fenómenos; esta descripción es siempre una explicación. Se trata aquí de algo que no

[7] La historia no trata tan sólo de los hechos, sino de las conexiones entre ellos. Diferénciase de las ciencias teoréticas, en que investiga tan sólo las relaciones concretas de causalidad, pero jamás leyes o tipos abstractos. Cuando el historiador se aventura en este último camino, se sale de los límites de su campo y se convierte en sociólogo o filósofo de la historia. Esta concepción de la historia no sería de aconsejar a ningún historiador, porque no hay ciencia particular que pueda dar a sus cultivadores, por sí misma, satisfacción plena.

[8] Lexis en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 2ª ed., artículo "Statistik", VI, p. 1009.

pertenece al mundo de los sentidos, sino de un objeto que sólo mediante la investigación científica puede fijarse y traerse a la conciencia; pudiendo sólo ser descrito si se logra explicarlo, comprenderlo. La explicación causal tiene en estas ciencias límites más estrechos que en las ciencias naturales, como más ampliamente habremos de demostrar en otro lugar; pues nunca puede aquí llegarse a someter el enlace causal a leyes de valor universal *(allgemein gültigen)*.

2. División de la doctrina del Estado

La ciencia teórica o doctrina del Estado divídese en doctrina general del Estado y doctrina particular del mismo.[9] La primera se propone hallar el principio fundamental del Estado y someter a la investigación científica los fenómenos generales del mismo y sus determinaciones fundamentales. Sus resultados no se deben al estudio particular de un Estado, sino que habrán de lograrse mediante la investigación general de las formas que han revestido los Estados en los fenómenos histórico-sociales.

La doctrina general se completa con la doctrina particular del Estado. Para ésta, existen dos modos posibles de investigación: comparar las instituciones particulares de los Estados en general, las de un grupo de Estados determinados o las de éstos, pero con relación a una época limitada, para llegar a explicar de este modo las formas típicas de estas instituciones; o circunscribirse al conocimiento de las instituciones de un Estado en concreto, bien en la variedad de su evolución histórica, bien en la mera forma actual.

Así, pues, la doctrina particular del Estado es, o doctrina de las instituciones concretas de los Estados en general, o doctrina de las instituciones de un Estado particular. En el primer sentido puede llamarse a la doctrina particular del Estado *doctrina especial*, y en el segundo *doctrina individual del Estado*.

No pueden comprenderse enteramente las instituciones de un Estado particular, sin el supuesto de la doctrina general y de la especial de las instituciones, porque lo individual sólo puede comprenderse si se coloca dentro del encadenamiento general que le sirve de fundamento. La doc-

[9] Sobre las diversas definiciones acerca de la doctrina general del Estado en la literatura moderna, véase Rehm, *Allgemeine Staatslehre*, 1899, pp. 1 ss. Un ensayo más reciente para recoger la evolución de estos conceptos puede verse en G. Mayr, *op. cit.*, p. 339. Considero innecesaria una crítica de la variedad de pareceres, porque rara vez corresponde a una investigación sistemática, y de otra parte, una crítica metodológica supone explicaciones que habrían de llevarnos demasiado lejos de nuestro tema. El desarrollo que haga de mi propio punto de vista vendrá a ser la crítica de las opiniones que no concuerdan con la mía.

trina individual del Estado sólo puede, pues, ser fecunda si se la hace descansar en las otras dos disciplinas esenciales: la general y la especial del Estado.

La doctrina general del Estado ha de investigar a éste en su plenitud y singularmente atendiendo a dos órdenes principales de fenómenos que corresponden a los dos puntos de vista básicos para esta ciencia: el Estado es, de un lado, una construcción social, y de otro, una institución jurídica. Conforme a esto, divídese la doctrina del Estado en *doctrina social* y *doctrina jurídica del Estado.* Por consiguiente, la doctrina general del Estado abarca: la doctrina general sociológica del Estado *(Allgemeine Soziallehre des Staates)* y la doctrina general del derecho público *(Allgemeine Staatsrechtslehre).* Esta última, o sea el conocimiento de la naturaleza jurídica del Estado y de los conceptos fundamentales del derecho público, es, pues, tan sólo una parte de la doctrina general del Estado.

El derecho es sin duda uno de los más importantes aspectos de éste; no hay Estado posible sin derecho; pero es falta grave, en que se incurre a menudo, aun en nuestros días, identificar la doctrina del Estado con la doctrina jurídica del mismo; este error proviene del origen histórico de la moderna doctrina del Estado, doctrina que ha sido creada por la escuela del derecho natural, que investigaba el fundamento jurídico de aquél.[10] Este fundamento jurídico considerábalo no pocas veces el derecho natural como equivalente a origen histórico, y de esta suerte llegaba a concebir el Estado exclusivamente como una construcción jurídica; por esto es muy extraño encontrar en la época del derecho natural una distinción entre doctrina del Estado y doctrina jurídica acerca del mismo. Sólo se llega a reconocer como disciplina independiente de la doctrina jurídica del Estado, la política, en cuanto doctrina práctica del mismo. En la historia de la literatura política desde Maquiavelo hasta Montesquieu, existe un gran número de investigaciones teóricas que no tienen nada en común con aquella parte de la doctrina del Estado que llamamos hoy doctrina general del derecho público.

Esta doctrina representa dentro de la del Estado una esfera limitada; es, pues, sólo una parte del orden general de fenómenos que abarca aquélla. Doctrina del Estado y doctrina general del derecho público no expresan oposición alguna. En el sistema, no obstante, se necesita separar y oponer, a causa de la diferencia de métodos que corresponde a cada uno de los dos órdenes: la doctrina sociológica del Estado, que considera a éste en la unidad de su naturaleza como construcción social, y la doctrina general del derecho público, que lo mira como la parte jurídica de la doctrina del Estado.

[10] Véase el capítulo VII.

En una investigación científica acerca de la doctrina de éste, no debe existir confusión entre el elemento jurídico del mismo y lo que no entra dentro del derecho. Una vez comprendida esta distinción y el enlace entre ambos órdenes de fenómenos cuyo conjunto constituye la doctrina del Estado, desaparece un error fecundo en consecuencias, a saber: que la única explicación justa, exacta, del Estado, es la sociológica, la histórica, la política; en una palabra, la no jurídica; o la opinión opuesta: que sólo el jurista puede descifrar, mediante sus métodos de trabajo, los enigmas que están enlazados con la vida del Estado.[11]

Para investigar con fruto el problema jurídico del Estado es del mayor interés conocer el enlace de la doctrina social con la doctrina jurídica del mismo. El fundamento de todo conocimiento teórico del Estado lo forma una doctrina general del mismo, y cualquiera investigación que no descanse en este fundamento general habrá de llegar a resultados incompletos o inexactos. Si la doctrina general del derecho público considera aisladamente el aspecto jurídico del Estado, necesita para ello apoyarse en principios que sólo le pueden ser dados por el conocimiento de la doctrina general.

En los sistemas de derecho público es regla corriente, aun hoy, colocar al comienzo una serie de consideraciones sobre doctrina general del Estado, al modo de un dogma, sin que se nos diga de dónde vienen, y no obstante, de tal importancia son estas consideraciones, que de ellas se sacan las conclusiones fundamentales. Dado el carácter deductivo de las investigaciones jurídicas, carácter que es el que prevalece, ocurre que los resultados están contenidos en aquellas proposiciones afirmadas *a priori* dogmáticamente. Las concepciones erróneas, la pobreza de otras y las contradicciones en la doctrina del derecho público, débense, en no poca parte, a la inconsistencia e inexactitud de aquellas proposiciones sobre la doctrina del Estado de las cuales se las ha hecho nacer.

3. La política y sus relaciones con la doctrina del Estado

La política es la ciencia práctica del Estado o ciencia aplicada; esto es, aquella que estudia el modo como el Estado puede alcanzar determinados

[11] Wundt habla en su obra *Logik*, 2ª ed., II, 1895, pp. 490 ss., de un método de las ciencias del Estado; posteriormente ha tratado este tema Deslandres: *La crise de la science politique et le problème de la Méthode*, París, 1902; pero mostrando un conocimiento insuficiente de la doctrina del derecho público en Alemania. La identificación de la ciencia del Estado con la doctrina jurídica acerca de éste era uno de los mayores errores de la escuela del derecho natural. Hoy no hay un jurista que tenga por jurídicos todos los fenómenos de la vida del Estado; todos coinciden, por lo menos, en reconocer la oposición relativa entre lo político y lo jurídico.

fines, y que considera los fenómenos de la vida del Estado desde el punto de vista teleológico, que es como un punto de referencia, un criterio, para juzgar los hechos y las relaciones.[12] La doctrina del Estado contiene esencialmente juicios de mero conocimiento *(Erkenntnisurteile)*, en tanto que el contenido de la política está formado por juicios de valoración *(Werturteile)*. En este sentido estricto, que es el único que puede asegurar a la política un carácter científico independiente, es en el que la ha comprendido por vez primera, recientemente, la ciencia alemana, a la cual debemos la división definitiva de la antigua y confusa ciencia política, en doctrina sociológica del Estado, doctrina jurídica acerca del mismo o derecho público y política.

Los fines absolutos sólo pueden mostrarse mediante la especulación metafísica, de suerte que una ciencia política empírica, dotada de valor general de convicción, no es posible; sólo las investigaciones políticas particulares pueden llegar a tener valor científico; esto es, aquellas que se proponen alcanzar un fin hipotéticamente propuesto, pero que admiten la posibilidad de otros juicios teleológicos. De aquí que las investigaciones políticas tengan por lo común un carácter de partido, debido además a que es poco frecuente este limitarse a fines empíricos relativos. A causa de esto se filtra en las formas de las investigaciones la oposición entre los fines metafísicos y los empíricos, y se manifiesta aun en los resultados de las mismas. Basta una ojeada superficial a la literatura política para advertir que las diferencias en la interpretación del sentido de la vida y de los fines últimos de la comunidad humana determinan, inconscientemente a menudo, la dirección de una gran parte de las investigaciones políticas.

La política en cuanto a ciencia práctica es a su vez un arte,[13] y está, por tanto, esencialmente orientada hacia el futuro; en tanto la doctrina del

[12] Sobre las distintas definiciones que se han dado sobre política, véase Holtzendorf: *Die Principien der Politik*, 2ª ed., 1899, p. 2 (hay traducción española). Véase un ensayo más reciente en Schäffle: *Über den Wissenschaftlichen Begriff der Politik, Zeitsch. f. d. gesamte Staatswissenschaft*, LIII, 1897, pp. 579-580. Van Calker, *Politik als Wissenschaft*, 1898, pp. 7-8. R. Schmidt, *Allg. Staatslehre*, I, 1901, p. 25. Y v. Mayr: *Festgabe*, p. 340 ss. A causa del lazo íntimo que une toda la vida del Estado y del que existe en el conocimiento de la misma, se hace casi imposible determinar, con precisión, el límite entre la política y las otras ciencias del Estado. Quien haya de ocuparse del fin de una institución pública necesita ante todo conocer su ser y sus manifestaciones. La ciencia de la vida del Estado, singularmente, se encuentra explícita o implícitamente indicada en la política; mas no está incluida en la misma sino en tanto que considera la vida del Estado desde el punto de vista de los fines. La distinción de estas dos posiciones desde donde pueden ser considerados los fenómenos de la vida del Estado, la teorética y la teleológica, apenas si es aplicable a los problemas políticos particulares; de aquí que en toda investigación política exista materia que corresponda a las ciencias teoréticas del Estado, y es mucho más fácil abstraerse de la política cuando se expone la ciencia teórica del Estado que la inversa, lo cual se debe a que la política supone la ciencia del Estado, pero no al contrario.

[13] La ciencia y el arte de la política están la una con respecto a la otra en la relación en que se encuentran los principios generales con el arte que los aplica a casos concretos. El

Estado, en cuanto doctrina del ser, se ocupa del pasado y de lo actual; mas también pueden las investigaciones políticas extenderse al pasado y a lo actual y sacar de ellos enseñanzas para el porvenir. Cuando así lo hace, cuando se dirige a lo actual, la política toma el carácter de una doctrina crítica y juzga de lo dado según los resultados que ha alcanzado ella en sus razonamientos teleológicos, siendo éste el criterio de que se sirve para decidir qué se debe transformar y qué conservar. También puede investigarse el pasado en vista de fines determinados, esto es, críticamente. De esta manera es posible a la política investigar si las acciones de un personaje histórico han alcanzado el fin que se proponían u otro, o si se equivocó, y en cualquiera de estos casos juzgar de él. Lo mismo cuando se investigan los efectos que pudo ejercer la democracia de Pericles en el progreso o decadencia de Atenas, que cuando se trata de fijar qué tanto influyó la dictadura de Sila en la ruina de la república romana, que cuando se pretende determinar los efectos que habrá de tener en la vida futura del reino alemán el sufragio universal, no se hace sino investigaciones políticas. Toda investigación pragmática de la historia es al propio tiempo investigación política.[14] Si existe un fin —aun cuando no sea manifiesto— según el cual se hacen las observaciones políticas —por más que sean respecto del pasado—, entonces las observaciones están orientadas hacia el porvenir, se han hecho para sacar reglas que se puedan aplicar a las acciones en casos análogos; por esto no es la política una ciencia de lo que es, sino de lo que debe ser *(Seinsollenden)*.

Si la política por sus fines y métodos ha de separarse de la doctrina sociológica del Estado y del derecho público, no ha de olvidarse, sin embargo, la conexión íntima entre todas las esferas de una ciencia, y además que esta disciplina práctica es del valor y significación más altos para quien quiera tratar eficazmente las cuestiones teóricas. Tanto el

arte del Estado, que no es meramente empírico, ha de ocuparse de dar forma a relaciones públicas concretas conforme a principios reconocidos, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias estrictamente individuales bajo las cuales se presenta el problema. Hasta qué punto puede descansar tal arte en reglas generales que sirvan de guías a los políticos, es cosa que cae dentro de la cuestión ya muy antigua de si es posible y en qué medida, enseñar la moral.

[14] Terminológicamente, tan difícil es precisar el límite del adjetivo "político" como el del sustantivo "política". Bajo el término político se entiende todo lo social, el modo no jurídico de considerar la cosa pública. La "política" es susceptible de ser opuesta a la doctrina del Estado, pero no es posible derivar de ella ningún adjetivo que le corresponda. Por esto, el uso de la palabra "político", tanto en un sentido estricto, como es en el que lo usamos en el texto, cuanto en un sentido amplio, como ahora lo hemos explicado, difícilmente puede evitarse; porque el calificativo de "social" para el aspecto no jurídico del Estado, daría lugar, por sus diferentes significaciones, a equívocos constantes. A causa de esta falta en la terminología que no es posible subsanar desgraciadamente, se impone para el escritor la necesidad de decir claramente en cada caso en qué sentido usa el predicado "social" o político. Sobre la variedad de sentidos que tiene "político" véase Rehm, *Allg. Staatslehre,* p. 8.

orden estático del Estado, que es el objeto de estudio de la doctrina sociológica del mismo, cuanto las reglas jurídicas de aquel Estado, que es la materia de que trata el derecho público, necesitan para ser comprendidas plenamente, observaciones políticas que les sirvan de complemento. En la realidad de los hechos, el Estado se nos ofrece en mudanza constante, y a causa de ello, tanto la doctrina sociológica del Estado como el derecho público sólo nos dan imágenes momentáneas; pero todo el proceso de la vida del Estado, todos los principios de su orden jurídico, fueron antes de nacer objeto de reflexiones políticas; todo acto realizado por el Estado, todo derecho que se afirma, produce efectos políticos. De aquí que si se hace abstracción de la política se llegue a resultados vacíos de sentido o, a lo más, al conocimiento del esqueleto del Estado, al que habría de faltar, naturalmente, todo elemento vital.

En la ciencia teórica del Estado, como ciencia de conceptos que es, todo es abstracto; lo concreto sólo existe dentro de la corriente de la vida política, que va produciendo formas sin cesar cambiantes, que fluyen a través de la historia.

Las investigaciones de derecho público adquieren, pues, contenido y finalidad mediante su referencia a posibilidades políticas. Política y derecho no pueden confundirse en modo alguno, sino que es preciso que conserven sus límites respectivos; pero no es posible hacer investigaciones eficaces de derecho público sin un conocimiento de lo que es posible políticamente; de no tener en cuenta estas consideraciones fundamentales, el derecho público se desviaría por caminos peligrosos y se convertiría en una disciplina puramente escolástica, ajena a la vida y al conocimiento de lo real.

El conocimiento político nos enseña, ante todo, a fijar los límites de las investigaciones de derecho público. Laband hace notar muy justamente[15] que la dogmática jurídica que prescinde de la investigación del derecho positivo, esto es, del conocimiento y dominio del material positivo, es una actividad lógica del pensar, y con pura lógica no es posible fijar el contenido de las proposiciones jurídicas. Precisamente los conceptos fundamentales del derecho público, que son los que engendran y sirven de soporte a todos los demás, burlan el ser tratados de un modo puramente lógico. Si se trata de la determinación próxima de la forma del Estado, de las relaciones mutuas entre los órganos supremos del mismo o del influjo de las fuerzas históricas en la modificación de la constitución de aquél, tenemos problemas que sólo pueden resolverse llegando al conocimiento de aquellas fuerzas concretas que han formado precisamente tales instituciones. Una proposición de derecho público que for-

[15] *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 4ª ed., 1901, I, p. IX.

malmente no haya cambiado, puede, no obstante, a causa de las fuerzas políticas, lograr que el contenido sea completamente distinto. Tal acontece con un derecho de larga tradición histórica, como es, por ejemplo, la afirmación de que el parlamento inglés es un consejo del rey. La significación de este principio de derecho público inglés ha cambiado en el curso de los siglos; la prohibición del gobierno de gabinete en Inglaterra no ha cesado en este país ni aun hoy, y no obstante la práctica en contrario, aún produce algunos efectos políticos secundarios.

Con la lógica formal, como se ve, hubiéramos llegado fácilmente a creer en la existencia de un derecho público que no correspondía a la realidad; cuando se trata de fijar los principios fundamentales de tal derecho, no juega la lógica formal el papel que le corresponde según el método constructivo. Prescindiendo de aquellos autores de derecho público que de un modo importuno hacen ostentación de sus intenciones políticas, basta a menudo una ojeada de la situación, para ver quiénes son los representantes del método puramente jurídico en el derecho público, porque la base de las investigaciones de éstos, sobre los conceptos fundamentales, está formada por una visión clara y distinta de la política.

De aquí se deriva un principio importantísimo, que formulamos del siguiente modo: *lo que es imposible políticamente, no puede ser seriamente objeto de investigación jurídica.* Sería vana una indagación, por ejemplo, de esta cuestión: ¿qué sucedería si el emperador depusiese de su cargo al canciller y no nombrase uno que le sustituyera?; o esta otra: ¿qué acontecería si el consejo federal rehusase nombrar candidatos para los lugares vacantes en el Tribunal del Imperio? Ocioso estimo igualmente tratar de hacer una explicación sobre lo que resultaría si uno de los estados federales alemanes renunciase a un derecho particular que se le atribuye, renuncia que le está prohibida por sus leyes.[16] Ociosa es la cuestión acerca de la contingencia de una unión real entre uno de los Estados de Alemania con un Estado extranjero o de la posibilidad de una guerra entre los miembros de una unión personal.[17] Todo derecho debe contener la posibilidad de ser realizable, esto es, de devenir real, y lo que no puede llegar a alcanzar realidad, jamás debe ser objeto de investigación jurídica.

Un segundo principio enseña al conocimiento político la ciencia del derecho, y es *la presunción de legalidad en las acciones de los órganos supremos del Estado.* Mientras no se levanten contra los actos de estos órganos protestas legítimas de personas autorizadas para hacerlo, y se las declare nulas, es preciso considerarlas conforme a derecho, aun cuando una interpretación literal de la Constitución hubiese conducido a otros

[16] Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* 4ª ed., 1901, I, p. 113.
[17] Véase el capítulo XXI.

resultados. Sería condenable, pues, una interpretación del artículo 4° de la Constitución del reino, de la que resultara que la competencia legal de un gran número de autoridades del reino fuese opuesta a la Constitución.[18] Igualmente no es admisible el considerar las resoluciones del *Reichstag* alemán como una serie de actos inconstitucionales sólo por el hecho de que a menudo no haya el número de representantes que se requiere;[19] más bien debe decirse que el *Reichstag* tiene capacidad para decidir hasta tanto que el presidente de la cámara no exprese claramente lo contrario. La posibilidad de delegar los poderes el emperador, cuando se trata de Alemania, o el rey si se trata de Prusia, no obstante las observaciones teóricas en contrario, no ha sido puesta en duda por ningún órgano autorizado.[20] La convención militar de Sajonia, cuya nulidad ha sido considerada por muchos desde muy distintos aspectos, tiene realmente fuerza, porque ninguno de los llamados a juzgar de esto la ha puesto en duda.[21] La atribución de falta de validez teórica a las relaciones de que venimos ocupándonos, debía realmente hacernos comprender que lo que se considera como derecho positivo no tiene efectiva y realmente en sí mismo ese carácter. La práctica jurídica irrefutable, a que hicimos referencia, ha de producir también a la postre, en la teoría, nuevas reglas de derecho, y las llamadas teóricamente transgresiones constitucionales transforman de este modo no sólo el orden jurídico, sino que incluso influyen en la manera de considerar las cuestiones aquellos que, al tratar de la política, prescinden de las posibilidades.

Manteniendo fija la vista en la realidad de la vida política es como puede verse libre de aberraciones la teoría del derecho público. De otra parte, el conocimiento político tiene la exigencia de que se produzcan sin cesar nuevas reglas de derecho; pero esta exigencia supone indefectiblemente un conocimiento profundo del derecho positivo; por eso tiene un gran valor para la política el derecho público, porque sin éste no puede ella dar respuesta a sus problemas. Una crítica de las instituciones vigentes de derecho público es un problema político; y esta crítica debe llevarse a efecto, tanto cuando se estudie la doctrina general del derecho público, como cuando se trate de la especial o de una institución particular y concreta. La ciencia del derecho abandonaría una de sus funciones

[18] Véase el desarrollo de esto en Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, I, 1892, pp. 307 ss.

[19] Laband, I, p. 323, n. 2; muy exactamente está puesta la cuestión en Rieker, *Über Begriff u. Methode des allg. Staatsrechts, Vierteljahrschrift für Staats. u. Volkswirtschaft*, p. 266. A pesar de las enérgicas protestas de Laband contra la inconstitucionalidad de estas decisiones, no saca consecuencias prácticas a causa de la validez de las mismas.

[20] Véase G. Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes*, 6ª ed., editada por Anschütz, 1905, p. 286, n. 2, y literatura allí indicada.

[21] Zorn, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 2ª ed., II, 1897, p. 527; Hänel, I, p. 942, n. 5. Por el contrario, están orientados precisamente hacia la idea del carácter indiscutiblemente válido de la convención, Laband, IV, p. 30, n. 1; G. Meyer, § 197, n. 4.

más nobles si redujese su obra a hacer aplicaciones al pasado y no tratase de favorecer a las fuerzas que ayudan a abrir el camino hacia el futuro.[22]

4. Ciencias normativas y ciencias causales

La distinción anteriormente establecida sobre las ciencias del Estado debe ser aún considerada desde otro punto de vista, esto es, conforme a la diferencia entre el conocimiento causal y el normativo. Hay dos órdenes de reglas: uno, el que hace conocer el enlace, la relación causal de los fenómenos; y otro, el que muestra la relación entre el pensar y la acción. El primer orden de reglas expresa lo que el ser es; el segundo, lo que debe ser.

Las segundas como las primeras son susceptibles tanto de descripción como de explicación. Uno de los problemas principales de la investigación científica en las ciencias sociales consiste en determinar las normas de las acciones sociales y comprender la relación mutua que existe entre ellas, así como con la totalidad de las fuerzas de la sociedad, fuerzas que las han traído a la conciencia.

Las normas más importantes en relación con las ciencias del Estado, son las normas jurídicas. La ciencia del derecho es una ciencia, no de leyes del ser, sino de normas. De aquí una distinción fundamental para las cuestiones metodológicas entre doctrina sociológica del Estado y doctrina jurídica del mismo. El contenido de la primera lo constituye el examen de los hechos, de lo histórico, o según suele decirse, no con mucho acierto, el examen del ser naturalista del Estado; la doctrina jurídica, en cambio, tiene como materia propia aquellas normas del deber ser, normas jurídicas que llegan a adquirir expresión en el ser real. Estas normas no son reales por sí mismas, sino que van realizándose mediante la acción continua. Gracias a este conocimiento de las diferencias podrá evitarse en toda ocasión una confusión de ambas partes de la doctrina del Estado.

La ciencia práctica de éste tiene también como contenido normas; del propio modo que el derecho, la política no trata del ser, sino del deber ser; esto no obstante, existe una profunda diferencia entre las normas jurídicas y políticas que excluye toda identificación. Las primeras tienen validez plena, están provistas de una fuerza que sirve en parte para garantir su cumplimiento; esta efectividad misma las incorpora a la realidad, al mundo del ser, y de aquí su doble carácter. El derecho positivo tiene precisamente de peculiar y distintivo de todas las normas de la

[22] Sobre los problemas de una jurisprudencia legislativa política, véanse las observaciones acertadísimas de A. Menger en su discurso rectoral, *Über die sozialem Aufgaben der Rechtswissenschaft*, 1895, p. 18.

voluntad el que, como poder real que es, produce efectos calculables, determinables previamente, y por ello, en este aspecto, el derecho es objeto de la ciencia del ser. Las investigaciones de historia del derecho, de economía, la crítica político-social de lo dado, etc., consideran al derecho como un factor real en la vida del pueblo, no ven en él sino lo que es. La historia considera al derecho en la medida de su ser real sólo en cuanto puede producir efectos; pero lo que debe ser, por razón de su naturaleza, sólo puede estar contenido en el futuro.

Las normas políticas, en cambio, no tienen otra fuerza que la que les presta el libre reconocimiento de ellas, porque el único poder que puede darles un valor de generalización es la convicción personal de cada individuo, convicción que les lleva a someterse a ellas por considerarlas necesarias; mas no pueden ser impuestas a nadie. Las normas jurídicas, salvo los casos límites, son incontestables. Las reglas políticas no, porque no pueden alcanzar un valor de universalidad, pues todos los fines concretos, políticos, sean relativos o metafísicos, están sometidos a las creencias u opiniones de los individuos y partidos.

5. Limitación del problema de una doctrina general del Estado

El Estado es, sin duda alguna, un fenómeno general en lo humano, pero no es posible determinar un origen común para todos los Estados. Los comienzos de las instituciones fundamentales humanas nos son desconocidos; es verdad que la etnología y la prehistoria han investigado afanosamente en los tiempos modernos y han tratado de descifrar el enigma de la historia primitiva de los hombres; mas, aun cuando se ha producido una enorme literatura, sus resultados son pobres. Así sucede en una de las cuestiones más investigadas, cual es la de los orígenes de la familia, en que sólo existen puntos de vista opuestos, ninguno de los cuales puede decirse que sea convincente. En vez de demostraciones se hacen construcciones con las que se pretende, mediante la explicación de la evolución de las relaciones humanas, hacer más comprensibles los fenómenos históricos o determinar el porvenir de la historia. Cada cual puede apriorísticamente o extrayéndola del material acumulado, formar la teoría que más le satisfaga, agradando así toda clase de exigencias políticas y sociales.

Ante tal situación, sólo cabe a quienes investiguen sobre ciencias del Estado, dos posibilidades: o la de arriesgarse por el camino de las hipótesis vacilantes para hacer una profesión de fe sobre los comienzos de las instituciones sociales, o la de renunciar al conocimiento de tales orígenes, en la convicción de que, dadas las actuales pruebas (y probablemente lo

mismo pasará siempre), es imposible fundar una disciplina de las ciencias sociales sobre datos que puedan explicar suficientemente el incesante cambio de los fenómenos desde su nacimiento. Esta segunda orientación es la que conviene al investigador científico que no se propone investigar por sí mismo la historia primitiva, sino sacar resultados y utilizarlos para sus fines.

Como más adelante habremos de probar, las formas sucesivas que van revistiendo las instituciones humanas no dependen, en modo alguno, de su origen; partiendo de un punto perfectamente determinado, puede muy bien una institución llegar a revestir las más diversas formas; esto lo concedemos sin vacilar a todos los que quieren retrotraer la pluralidad de formas de la vida social a una unidad originaria.

Una segunda limitación ponemos a nuestro problema ya que vamos a concretar nuestras investigaciones al estudio de los Estados modernos occidentales y hemos de circunscribir el examen de su pasado a aquello que nos sea necesario para la comprensión de lo actual. Estos Estados, tomados en la evolución histórica, son como ramas independientes de la total familia del Estado. El Estado asiático, por ejemplo, tiene raíces comunes con el Estado occidental, pero se ha desenvuelto independientemente de él. Sobre Grecia como sobre Roma ha ejercido influjo, sin duda alguna, la cultura oriental, y a causa de ello ha sido importante para el conocimiento del Estado griego conocer la organización de Egipto y Persia. Sin embargo, el material que poseemos no nos permite formar sino un juicio superficial de los antiguos Estados orientales; sólo conocemos lo más externo de su constitución; pero el detalle de su organización y de la evolución histórica de sus instituciones particulares, datos que serían para nosotros lo esencial, de eso no sabemos nada, y lo que se nos brinda como tal, no tiene más valor que el de una construcción subjetiva del investigador. Lo que conocemos del antiguo Oriente sólo puede valer como ilustración, como ejemplo, pero no puede servir como un fundamento para construir científicamente sobre él una doctrina del Estado. Tampoco ha menester de prueba la afirmación de que la formación de los Estados autóctonos de los americanos, africanos y polinesios, no tienen ninguna relación, al menos que esté demostrada, con los Estados occidentales; la referencia a ellos sólo puede servir o como ejemplo o para corregir generalizaciones infundadas.

En el hecho de limitar espacial y temporalmente el problema no hay motivo de censura, o por lo menos, no es mayor esta falta que la que existe en todas las disciplinas edificadas sobre bases históricas, porque la historia siempre es un fragmento. Exigir como fundamento de un conocimiento científico el que este conocimiento abrace todo el pasado histórico es pedir un imposible y allanar el camino a una especulación cuyo

valor no se diferenciará en nada de las fantásticas construcciones históricas de los tiempos primitivos, las cuales consideramos hoy puramente como curiosidades. Y tampoco disminuye, ciertamente, el valor de la obra, la omisión del estudio de los Estados no occidentales en el pasado y en la actualidad o la sumaria consideración de ellos; porque sobre estos Estados no poseemos conocimientos históricos bastantes y porque el examen comparado de formaciones que histórica y socialmente carecen de relaciones entre sí, no habría de suministrarnos una visión más profunda de la naturaleza general de las manifestaciones del Estado, sino que se llegaría, como más tarde haremos ver, a proposiciones generales y de las que no podría sacarse nada que tuviese valor teórico.

La tercera restricción que nos ponemos consiste en excluir de este estudio la política, lo que no quiere decir que hayan de evitarse las reflexiones políticas, pues esto queda contradicho por las observaciones que hemos hecho respecto a las relaciones de la política con la doctrina del Estado, sino que nos referiremos tan sólo a la política cuando sea preciso para una mejor inteligencia de las investigaciones teóricas. Habremos de considerar, sí, aquellos puntos que tocan tanto a la doctrina del Estado como a la política, que son, la teoría de la justificación y de los fines del Estado, sin cuyo estudio no es posible un conocimiento teórico de éste.

II. EL MÉTODO DE LA DOCTRINA DEL ESTADO[1]

1. NECESIDAD DE INDAGACIONES METODOLÓGICAS

Quien trate hoy de llevar a cabo una investigación de los problemas fundamentales de la ciencia social se encuentra con que carece de una doctrina del método. La literatura de las ciencias del Estado padece en este punto una confusión extraordinaria porque gran parte de los escritores, y entre ellos aquellos a quienes se debe las más de las investigaciones minuciosas, no se dan clara cuenta, en general, de la dificultad que existe para estudiar los fenómenos fundamentales y las distinciones sutiles que es preciso hacer para no tomar imágenes y analogías por verdades reales. Una lógica de las ciencias sociales, sistemática, comprensiva de todas las cuestiones difíciles, algo análogo a lo que se ha hecho con éxito para las ciencias naturales, apenas si se ha comenzado a trabajar,[2] y aun lo poco que se ha hecho se refiere principalmente a la investigación de la historia,[3] de la economía política,[4] de la sociología,[5] de la estadística;[6] pero propiamente sobre la doctrina del Estado se encuentran muy pocas in-

[1] Por "doctrina del Estado" se entiende en este capítulo la doctrina general y especial del Estado en el sentido en que se ha explicado en la segunda parte del cap. I. Excluimos lo que se refiere al método en la doctrina individual del Estado.

[2] Sobre el método en las ciencias morales y políticas *(Geisteswissenschaften)* en general, tratan: J. S. Mill, *System der Logik, Übersetz von Schiel,* II, 6; Sigwart, *Logik,* 2ª ed., 1893, II, § 104; W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften,* I, 1883; Wundt, *Logik,* 2ª ed., II.

[3] Hay que hacer notar especialmente en la literatura moderna: G. Simmel, *Die Probleme des Geschichtsphilosophie,* 2ª ed., 1905; Rickert, "Geschichtsphilosophie", en *Philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts,* II, pp. 56 ss.; Bernheim, *Lehrbuch der historischen methode u. der Geschichtsphilosophie,* 3ª ed., 1903, y la bibliografía que allí se indica; Windelband, *Gesch u. Naturwissenchaft;* Below, *Die neue historische methode, Hist. Zeisch.,* 1894, Bd. 81, 1898, pp. 193-273; Ed. Meyer, *Zur Theorie u. metodik der Geschichte,* 1902; Grotenfelt, *Die Wertschatzung in der Geschichte,* 1903; Lindner, *Geschichtsphilosophie,* 4ª ed., 1904.

[4] Véase K. Menger, *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften u. der politischen Ökonomie insbesondere,* 3ª ed., I, 1893, § 54 ss.; Schmoller, artículos "Volkswirtschaft", "Volkswirtschaftlehre und Methode", en el *H. W. B. der Staatswissenschaften,* VII, pp. 543 ss. En estas dos últimas obras se indica una bibliografía abundante.

[5] En parte, las obras citadas en la nota anterior, y muy especialmente Stammler, *Wirtschaft u. Recht nach der materialistischen Geschitsauffassung,* 1896; Barth, *Die Philosophie der Geschichte als Sociologie,* 1897, vol. I.

[6] Véase G. Rümelin, *Zur Theorie der Statistik (Reden u. Aufsätze,* 1875), p. 208 ss.; G. Mayor, *Die Gesetzmässigkeit im Gessellschaftsleben,* 1877, pp. 1 ss.; G. Mayr, *Theoretische Statistik,* 1897 *(Handbuch des öffentliche Rechts,* editado por M. von Seydel, *Einleitungsband,* y la literatura que allí se indica.

dicaciones.[7] De aquí ha nacido el que haya podido y pueda aún hoy suceder que, sólo por el hecho de ser presentados con cierta firmeza, sean discutidos seriamente, como si se tratase de cuestiones científicas, casos que carecen de sentido. La afirmación de algo se convertía en hecho, la oscuridad pasaba por profundidad y la arbitraria especulación, por el más elevado conocimiento.

Ésta es la razón esencial de que se haya formado esta gran laguna en la literatura moderna sobre ciencia del Estado, y el que en los últimos decenios no se haya publicado una sola obra sistemática que lograse imponerse. Los métodos antiguos, métodos inciertos, o mejor dicho, la antigua carencia de método, no puede satisfacer las exigencias contemporáneas; los nuevos métodos están naciendo, por esto se buscan los conceptos fundamentales y, una vez satisfecho este compromiso, se va al detalle, que es en lo que se pone realmente el interés principal; pero como éstos, en puntos muy importantes, se deducen de aquellos conceptos fundamentales, resultan inevitables los errores y difíciles los progresos.

Así, pues, toda investigación que se haga hoy sobre los fenómenos fundamentales del Estado debe comenzar por fijar los principios metodológicos, partiendo de los resultados de la nueva teoría del conocimiento y de las investigaciones realizadas en lógica. De este modo únicamente se poseerá un instrumento seguro, tanto para orientarse con un punto de vista crítico por entre la maleza que forma la literatura antigua, como para dar sustantividad y hacer fructífera la investigación.

En lo que sigue habrán de exponerse los puntos principales del método que empleamos en esta obra; pero nos limitaremos a trazar las líneas generales, porque de penetrar en los detalles —como sería deseable— tendríamos necesidad no ya de dedicarle exclusivamente estas investigaciones preliminares, sino de consagrar a ello una obra independiente.

2. Distinción entre el conocimiento de las ciencias sociales y el de las ciencias naturales

Los hechos naturales se distinguen de los fenómenos sociales en que, en los primeros, los efectos están sometidos a leyes generales, pudiendo ser probados mediante ellas, y cada caso particular, por tanto, puede considerarse como representación de un género. Cuando veo, por ejemplo,

[7] Las investigaciones relativas a esto se refieren principalmente al método del derecho público. Véase mi obra *System d. subjektiven öffentlichen Rechte*, cap. III. Posteriormente ha tratado este problema del método en la doctrina general del derecho público, Rickert en el trabajo citado, p. 18. Desde un aspecto filosófico ha tocado la misma cuestión Lask, "Rechtsphilosophie", en la obra *Philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts*, II, 1905, p. 27 ss.

en una ocasión, cómo la combinación del hidrógeno con el oxígeno forma el agua, este resultado me sirve para todos los casos análogos; cuando conozco la conformación de un ejemplar de alguna especie animal, conozco el resto de los individuos de esta especie. Los tratados de ciencias naturales nos muestran que el caso particular, de igual forma que el individuo, pueden considerarse como casos generales, y por consiguiente que queda agotado su valor científico.

Mas con los hechos de naturaleza histórica o social acontece muy de otro modo.[8] Pueden ser muy distintas las peticiones que hagamos derivar partiendo de principios generales de conocimiento, al concebir la variedad de los casos particulares como resultados concretos de leyes fijas. Dados nuestros medios y métodos, no nos sería posible fijar leyes de importancia; no sólo no podríamos determinar las leyes causales que explican la relación entre los fenómenos, sino las leyes empíricas que expresan de una manera precisa la repetición regular de determinados fenómenos. Hemos de abandonar en el orden psíquico la medida de que nos hemos valido para medir los hechos naturales, porque no nos hace dar un paso. El objeto de las ciencias naturales, a saber, convertir las cualidades en cantidades, es inasequible para el mundo de los hechos históricos.

Entre los primitivos filósofos de la historia, así como entre los sociólogos contemporáneos, existen formuladas infinidad de leyes históricas; pero cuando no se trata de generalidades vagas, es difícil encontrar entre ellos puntos comunes que sean esenciales. Estas pretendidas leyes son, por lo general, construcciones basadas en supuestos no demostrables y en un conocimiento insuficiente de los hechos; de aquí que jamás podamos llegar a determinar previamente con certeza un suceso histórico, en tanto que puede hacerse esto con hechos del orden físico, aun siendo complicados, mediante el conocimiento de las ciencias naturales.

La razón de esto se encuentra en que los hechos sociales nunca tienen el carácter de meros efectos de fuerzas sociales, sino que, ante todo, son direcciones de determinados individuos. Los seres humanos se diferencian de las fuerzas naturales principalmente en que, frente a la uniformidad de éstas, presentan una multiformidad. Todas las fuerzas naturales son medibles tan pronto como las referimos a unidades de fuerza; las porciones materiales más pequeñas, tanto en su forma más simple de

[8] Sobre las leyes históricas y sociales véanse K. Menger, *op. cit.*, pp. 32 ss.; Lexis, "Gesetz", en el *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, IV, pp. 234 ss.; Schomoller, *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, VII, pp. 574 ss.; Windelband, *Gesch u. Naturwissenschaft*, p. 21; Simmel, *op. cit.*, pp. 67 ss.; Bernheim, *op. cit.*, pp. 91 ss., 99 ss., 105 ss., 108-109, 140 ss.; Rickert, *op. cit.*, pp. 99 ss., Engels, *Herrn Eugen Dührings Umwälzung der Wissenschaft*, 3ª ed., 1894, pp. 77 ss.; W. Freytag en el *Archiv für syst. Philosophie*, VI, 1900, pp. 311 ss.; Lindner, *Geschichtsphilosophie*, 2ª ed., 1904, pp. 170 ss.

átomos, como en la que ya es más complicada, la molécula, siempre son homogéneas: un átomo de carbono o una molécula de ácido carbónico son idénticas a todas las de su género atendiendo a sus propiedades específicas.

Los individuos humanos son, por el contrario, siempre distintos; en cada cual hay algo propio, peculiar, que no se repite en ningún otro y que determina en el individuo precisamente su dirección social. Es verdad que todo objeto de la naturaleza tiene una forma individual que lo diferencia de todos los demás; tanto más complejos son los objetos de la naturaleza, tanto más expresivos aparecen en ellos los elementos individuales; en las plantas y animales de los grados superiores estos rasgos distintivos son muy manifiestos; pero precisamente estas particularidades o no son objeto de las ciencias naturales o sólo lo son en una medida subordinada. En las cosas humanas, en cambio, lo que prevalece son los elementos individuales, pues una ciencia que los omitiese no podría ofrecernos resultados que abarcasen toda la vida real.[9]

Puesto que es imposible evaluar, contar, medir, al individuo por entero, y éste es el fundamento de todos los fenómenos sociales, resulta a su vez imposible un conocimiento de las leyes de su actividad, leyes sociales. Todo hecho histórico, todo fenómeno social, ofrecen, a más de su semejanza con otros, un elemento individual que los diferencia de los demás por análogos que sean. No hay resultado social que sea meramente representación de un género, sino que es algo que sólo existe una vez y jamás vuelve a repetirse en la misma forma; del propio modo que jamás se repite el mismo individuo en la variedad inmensa de las individualidades humanas.

3. La investigación según "tipos" en las ciencias sociales

No obstante esta variedad, la diferencia entre los individuos no es tan grande que puedan dejar de hallarse ciertas semejanzas en sus formas psíquicas. Junto a los elementos individuales encuéntranse caracteres comunes; si éstos faltasen no habría medio hábil de hacer una afirmación sobre cosas humanas. Impulsos, facultades, disposiciones, son en una cierta medida comunes a todos los hombres o a determinadas categorías de hombres. Toda la experiencia de la vida descansa precisamente en el conocimiento de lo que es común a la naturaleza humana, y nuestros

[9] Esto no quiere decir que neguemos la posibilidad de juicios con un valor universal sobre los sucesos histórico-sociales, ni leyes con este mismo valor para cuanto se refiera a los elementos idénticos que contienen estos hechos; de lo que sí dudamos es de que, a causa de su falta de contenido, pueda sacarse alguna utilidad científica de ellas.

cuidados y preocupaciones por un futuro próximo o remoto, básanse igualmente en la convicción de que dentro de la variedad de las cosas humanas hay algo permanente e independiente de las particularidades individuales.

Este conocimiento es el que muestra a las investigaciones sobre ciencias sociales, su camino y su objetivo. En los fenómenos de orden natural, el interés que prevalece para el científico es el de los elementos idénticos; pero en los fenómenos sociales no existe lo idéntico, sino lo análogo. La explicación de la ciencia natural puede, pues, ignorar en gran parte la existencia de elementos individuales; puede realmente asir lo idéntico en la variedad de los fenómenos; mas la ciencia social, en cambio, sólo en muy escasos límites ofrece identidades, y lo que alcanza en ella un interés más alto son las analogías; de aquí que no pueda explicar jamás por medio de leyes generales los casos particulares, ni considerar a éstos puramente como realización de lo general, a menos de tener de ellos una representación falsa e insuficiente. La observación justísima de un jurista romano, de que en derecho civil toda definición es peligrosa, vale para todas las afirmaciones generales en las ciencias sociales, porque la complejidad de la vida no se deja aprisionar en moldes estrechos, y si se da a éstos gran flexibilidad, entonces, o resultan banales y sin valor científico, o tan falsos que una crítica superficial puede fácilmente destruirlos.[10]

No nos es dable, pues, abarcar la totalidad de los hechos históricos de un modo definitivo, a causa de la naturaleza de nuestros medios científicos y de nuestros métodos; pero podemos llegar a vencer muchas dificultades que asaltan al conocimiento si limitamos la investigación a determinados aspectos de la vida humana en común. Este aislar las cuestiones científicas es sin duda lo que hace caer al entendimiento frecuentemente en errores, porque la vida muestra en unidad indisoluble lo que el pensamiento escinde, y esta acción es al cabo una labor más o menos caprichosa; pero esto puede salvarse, considerando que el conocimiento así adquirido no es definitivo, sino que siempre necesita estar corrigiéndose mediante la unión con los demás órdenes de los cuales hemos abstraído teóricamente el objeto.

Mediante este aislamiento de las cuestiones lógrase excluir gran parte de lo individual, y en la relación de lo general con lo particular se hace resaltar lo primero. Así, por ejemplo, cuando el jurista aísla la vida jurídica de un pueblo, considera a los individuos exclusivamente en su relación con el orden jurídico y puede prescindir, de esta manera, de una infinidad de diferencias entre los hombres. El hombre es juzgado por el derecho

[10] Engels, *op. cit.*, pp. 83 ss., hace aclaraciones muy acertadas respecto a las "verdades eternas" en materia histórico-social, observaciones que contrastan con el ensayo Marx-Engels de una construcción definitiva de la historia con un sentido socialista.

según su edad y sexo, estado y profesión y según que sus acciones sean de negligencia o diligencia, buenas o malas; pero los matices finos de la personalidad escapan a los ojos del juez y del jurista. Ante ellos comparecen Cayo y Tito, el demandante y el demandado, que representan algo tan general como lo es el tono en la acústica o los colores en la óptica. Pero en la realidad de la vida individualízanse todos los actos de derecho, todos los delitos, y éste es el valor del viejo proverbio: *si duo faciunt idem, non est idem*. Las compras que se hacen semanalmente en el mercado caen las más de ellas para el jurista dentro del mismo tipo. Mas considerando el aspecto económico y los fines de cada una para cada familia, la significación es muy varia y del mayor interés para el que quiere conocer la vida cotidiana considerándola desde la economía, la estadística, la higiene, etc., aspectos todos que quedan fuera de las observaciones del jurista. Ahora bien, el jurista que cree únicamente justa su manera de considerar las relaciones de la vida, no es un hombre de ciencia en el pleno sentido de la palabra, pues toda construcción y modificación del derecho procede, primariamente, del conocimiento de lo que hay antes y detrás del derecho, de lo que lo condiciona.

Es verdad que cuando se estudia un objeto aisladamente, sus notas peculiares aparecen como aminoradas, mas no por eso dejan de faltarle; sin embargo, de aquí nacen las muchas excepciones que acompañan a las reglas jurídicas y el hecho de que el legislador cree tipos en el derecho privado, pero admita desviaciones para la voluntad privada. Las disposiciones jurídicas son frutos del individualismo que se ha filtrado igualmente en la vida del derecho. En el derecho penal, las penas, las escalas y la determinación de los casos justificativos sirven precisamente para traer a una forma jurídica los elementos individuales que había en el delito. Mientras más general es una proposición jurídica, más excepciones a sí misma ha de admitir y tanto menos puede afirmarse con certeza que se confirmará en tal o cual caso particular. Todo ensayo de generalización en el derecho tropieza en el escollo de los elementos individuales. El derecho natural, formado por principios generales que o no pueden realizarse o al menos no cabe realizarlos completamente, es la contraposición plena del derecho positivo.

Algo muy análogo de lo que ocurre con las relaciones jurídicas acontece con las del Estado, tanto cuando se considera a éste en sus fenómenos históricos, cuanto al fijarse en sus órganos particulares y funciones. Cada Estado, cada órgano del mismo, y aun todo acto del Estado, es algo enteramente individual, y si aislamos los fenómenos del Estado, de nuevo hallaremos en ellos elementos generales que nos exigen un conocimiento científico. En la estructura y conexión de los Estados y en sus efectos, encontramos analogías mediante el aislamiento de los objetos y la in-

vestigación de los elementos idénticos en ellos; sólo de este modo puede llegarse a construir una ciencia del Estado y ser éstos clasificados, y subordinadas y sometidas sus instituciones a conceptos que las unifiquen; pero esta ciencia no puede perder de vista que un Estado o una institución no es meramente la realización de un concepto abstracto o la repetición de algo que ya ha sido; la Francia de Luis XIV, la Prusia de Federico Guillermo III y la Rusia de Alejandro III no son exclusivamente tres ejemplos distintos de tipos de monarquías absolutas, sino tres formaciones de Estados esencialmente diferentes. Esto se debe a que los elementos individuales se muestran con tanta fuerza, que sobrepujan a las identidades que se echan de ver, en tanta mayor medida, cuanto con más unidad se considera la totalidad de las condiciones y relaciones de la vida concreta de un Estado particular. Así, pues, en este orden de investigaciones no hay identidades absolutas, sino fenómenos análogos; las formaciones de índole real, vital, no son iguales, se asemejan simplemente.

Estas observaciones limitan, de un modo peculiar, el problema de nuestra ciencia. Hay un conocimiento de los Estados particulares que describe las singularidades de éstos, ya en sus aspectos histórico-políticos, ya en el jurídico; y en la disciplina que tal conocimiento se propone, todo es concreto, positivo, individual, real. Pero un Estado particular no es en ninguna de sus direcciones un fenómeno aislado, sino que, de manera más o menos consciente, han influido en él las relaciones actuales y pretéritas de los demás Estados, en una palabra, la evolución total de las instituciones de los Estados. Colocado todo Estado en el fluir de los sucesos históricos deviene formado por fuerzas históricas que no inciden exclusivamente en él mismo, sino que están en relación con la vida de los otros Estados, y por esto le es imposible considerarse a sí mismo en sus particularidades como el único en su especie. He aquí por qué deben estudiarse junto al Estado particular las instituciones de los Estados en general y las instituciones especiales de un Estado individual, para conocer así, el desenvolvimiento de las analogías de éstas en la formación concreta de cada Estado. Sólo de este modo puede comprenderse el Estado concreto en sus diferencias irreductibles y distinguir lo típico de lo individual, distinción que es de la mayor importancia tanto para el conocimiento teórico cuanto para la acción política.

4. Los "tipos" como objeto de la doctrina del Estado

El problema de una ciencia del Estado y de sus instituciones en general consiste en buscar los elementos típicos en los fenómenos del Estado y las

relaciones en que se encuentran. Mas esta afirmación de apariencia sencilla necesita ser ampliada

Es menester, ante todo, poner plenamente en claro qué significa el concepto "tipo", porque precisamente la gran modificación que ha sufrido este concepto modernamente en la ciencia del Estado refleja la honda transformación que ha experimentado la ciencia misma.

El concepto "tipo" puede comprenderse en el sentido de ser la expresión de la más perfecta esencia del género. Se le puede representar de un modo platónico, como la idea que vive en el más allá y que sólo de un modo imperfecto puede realizarse en el individuo, o concebírsele conforme a Aristóteles, como la fuerza activa que crea y da forma a los ejemplos individuales de un género. El concepto del *tipo ideal* ha venido ocupando sin interrupción el pensamiento filosófico, desde Grecia hasta nuestros días, pasando por la escolástica de la Edad Media.

Este "tipo ideal" tiene un valor esencialmente teleológico. Es el τέλος la pugna por traer a realidad todas las cosas, todos los fenómenos humanos; no es algo que es, sino que debe ser, y por esto es al mismo tiempo medida de valor de lo dado;[11] lo que le es conforme es bueno y tiene sólo por ello derecho a existir y a extenderse, y lo que no concuerda con él debe ser rechazado y superado.

Esta representación de "tipos ideales" entra necesariamente en la doctrina del Estado y significa la lucha por hallar el mejor de éstos y por dar una pauta para medir con ella las instituciones de derecho público existentes en un momento determinado. La historia de la doctrina del Estado, por tanto, es, en gran parte, la historia de los ensayos para conocer el Estado tipo, y expresa, pues, esencialmente, la conversión de toda la citada doctrina en política. En la ciencia del Estado de hoy puede aún hallarse, ya de un modo manifiesto, ya de manera velada, la misma afirmación que se encuentra en Platón, a saber: que el fin de toda especulación política es la busca del "tipo ideal" antes dicho. Toda investigación acerca de los fines del Estado y del fundamento jurídico del mismo, toda deducción hecha en nombre del derecho natural para fundamentar el absolutismo del príncipe, la soberanía popular, toda descripción de los Estados constitucionales, partiendo de la doctrina de la división de poderes, toda teoría del Estado cristiano, nacional o de derecho, de que se ha hablado en nuestro siglo, no son otra cosa que ensayos orientados a fijar de un modo definitivo el "tipo ideal" del Estado.

No es necesaria hoy ya prueba alguna para mostrar que el "tipo ideal"

[11] Dos géneros de tipos ideales se han de distinguir: el que es producto de la libre especulación, como la forma de Estado de que hablan las utopías o fantasías políticas, o el que consiste en construir tipos ideales tomándolos de Estados que existen o de instituciones particulares de estos Estados.

de que se nos habla, no se encuentra en un camino de investigaciones científicas, sino en la pura especulación, y no en una acción especulativa fría, o circunspecta al menos; sino que los tipos ideales de Estado son originariamente expresiones profundas de las más hondas luchas políticas de una época y de sus partidos: así lo demuestra la historia de la literatura política.

Este buscar y creer haber hallado "tipos ideales" corresponde a una necesidad íntima, inevitable, de la naturaleza humana, y tiene una gran significación práctica. Jamás ha podido eliminar esta necesidad la política. Nunca las grandes transformaciones de la historia han sido producidas por acciones de un carácter oportunista, sino que tanto los principios de los estadistas y de los partidos que tratan de crear algo permanente, cuanto los impulsos revolucionarios, reciben su esfuerzo y firmeza en no escasa medida, de la convicción de que debe ser realizado un tipo determinado de Estado.

Pero por grande que sea el valor de estos "tipos ideales" para la acción, es muy insignificante su alcance cuando se trata del conocimiento teórico-científico, pues el objeto de la ciencia teórica lo constituye el ser, no el deber ser, el mundo dado, no uno a crear. La especulación acerca del "tipo ideal", como toda especulación, descansa, en último término, en convicciones subjetivas y un acuerdo entre los sujetos individuales es a menudo imposible. Los "tipos ideales" son objeto no ya del saber, sino del creer; por esto el doctrinarismo político tiene tantas semejanzas con el fanatismo religioso.

Al "tipo ideal" se opone el "tipo empírico". Si tomamos un gran número de individuos y los comparamos desde puntos de vista determinados, en algo que es común a todos ellos, obtenemos una imagen típica; así adquirimos, por ejemplo, representaciones típicas de niños, de ancianos, de profesiones, de clases sociales, de una nación, etc. Tal orden de "tipos" los forma todo hombre, en más o menos proporción, según sus exigencias y experiencia. Mediante estos "tipos" ordenamos y comprendemos gran parte de nuestra vida social, y es más, el mayor número de los hombres es capaz de comprender en muchos casos sólo el tipo, pasando por alto los elementos que individualizan el caso particular. Todos los prejuicios sociales, nacionales, confesionales, son exclusivamente efectos de este pensar por "tipos", pues la capacidad para coger lo individual es signo de la más alta cultura.

El "tipo empírico" se diferencia fundamentalmente del "tipo ideal" en que de él no surge la exigencia de expresar un ser objetivo que trascienda de la experiencia; significa tan sólo la unificación de notas entre los fenómenos, unificación que depende del punto de vista que adopte el investigador. Mediante él ordenamos la variedad de los fenómenos al ex-

traer de ellos lo que les es común lógicamente. Este "tipo" es una abstracción que en la mente del investigador se perfecciona y que frente a la pluralidad indefinida de fenómenos permanece como lo real.

El problema de la ciencia del Estado, en tanto no forma exclusivamente el objeto de esta ciencia el estudio del Estado particular, consiste en hallar este "tipo empírico". Situaciones sociales análogas, análogo desarrollo histórico y condiciones análogas exteriores, producen análogas formaciones políticas. La fuerza de las relaciones históricas que enlaza a los Estados que viven en una comunión de cultura es causa de que los elementos típicos aparezcan junto a los individuales y se transformen a medida de éstos.

Tales "tipos empíricos" habrán de hallarse por vía inductiva, lo que equivale a decir, mediante la comparación de los Estados particulares, su organización y sus funciones. Pero tan sencillo como parece este principio metódico, tan difícil y necesario como realmente es comprender bien el principio peculiar que en este orden de materias inspira a la inducción.

En primer lugar, la labor de comparación no puede llevarse demasiado lejos. Quien compare Estados y estructura de éstos, de distintos grados de cultura y de tiempos remotos, no obtendrá resultado alguno o de obtenerlo será enteramente sin importancia, cuanto más lejos se lleve la comparación, tanto más se descuidarán los elementos individuales, y por consiguiente, tanto menor será el conocimiento que llegue a lograrse del "tipo". Lo que se ha dicho de las leyes históricas, a saber, que sólo son banalidades y lugares comunes, ha de decirse también de las amplias generalizaciones en las ciencias sociales; los ensayos hechos para crear una ciencia del derecho comparado así lo muestran. Cuando ésta trata de darnos tipos con valor universal jurídico, lo único que consigue es llegar a vagas generalizaciones, como, por ejemplo, que el matrimonio con rapto se ha transformado en matrimonio por compra, que la venganza ha precedido a la pena con carácter público, que la ordalía en ciertos grados de cultura llega a ser un medio de prueba,[12] que el matrimonio por levirato se encuentre en un gran número de pueblos;[13] pero todo esto conduce también a esta forzosa conclusión, cual es, la de que todo ello hubiera podido ser de otro modo bajo otras circunstancias. La multitud de descripciones que se ha dedicado en nuestros tiempos a la exposición del sistema jurídico de los pueblos más remotos y de nivel más bajo de cultura muestra que las variaciones son tantas y tan hondas que es difícil hallar en este caos, siempre creciente, un fenómeno típico, algo general que pueda enriquecer nuestras reflexiones científicas.[14]

[12] Kohler, *Das Recht al Kulturerscheinung*, 1885, pp. 8, 20 y 23.

[13] Post, *Einleitung in das Studium der ethnologischen Jurisprudenz*, 1886, pp. 28 ss.

[14] Es muy expresivo en este sentido lo que dice Post, *Afrikanische Jurisprudenz*, 2 vols,

De aquí la limitación de la inducción, desde el punto de vista metodológico, a aquellos Estados que poseen un fondo histórico común, y al estudio de las formaciones políticas del pasado que constituyen este mismo fondo común. Sólo donde existen fundamentos históricos, políticos o sociales comunes será posible probar una concordancia en la estructura y función de los Estados. El considerar otro grupo de Estados que no entre dentro del punto de vista antedicho podrá servir para corregir nuestro pensamiento, que muchas veces llegaría a afirmaciones demasiado absolutas sobre el Estado en general, y para mostrar que éstas sólo tienen un valor relativo por el hecho de estar históricamente condicionadas.

Pero aun dentro de los sistemas posibles de Estados que de este modo hayamos escogido, es necesario proceder con cautela en las comparaciones. Como en otro lugar ha quedado dicho, todas las instituciones humanas, y por consiguiente las del Estado, son de naturaleza dinámica, esto es, que su naturaleza no es siempre la misma en todos los tiempos, sino que se transforma conforme va adaptándose al proceso de cambio que constituye la vida de la historia de la humanidad. Para llegar a tener una representación de un Estado típico, es preciso, pues, comparar aquellos Estados que, o son de una misma época o han vivido con poca diferencia de tiempo. Claro es que no faltarán elementos típicos si se establece el paralelismo entre el Estado antiguo y el moderno; pero las diferencias de las condiciones históricas son tan profundas, han cambiado tanto, de la Antigüedad al mundo moderno, que lo individual, lo diferencial, supera a lo típico. Esto se pone muy de relieve cuando se trata de poner como miembros de una misma serie encadenada la democracia antigua y la moderna o el absolutismo de los emperadores romanos y el absolutismo moderno.

De estas consideraciones se deduce la mudanza del "tipo" *pro futuro*. Toda nueva formación puede probar que un elemento tenido por típico hasta aquel momento no es tal, sino individual, y por consiguiente no esencial al "tipo". Es un caso muy expresivo de esto lo ocurrido con la historia del concepto del Estado federal. Con el advenimiento o fundación de la Unión Norteamericana nació un tipo nuevo que directamente influyó en la teoría, que explicaba científicamente un género por un caso, y llegaba a afirmar que la independencia recíproca de los poderes del Estado federal y de los miembros de este Estado era una nota esencial a la nueva forma de unión de los Estados. El federal suizo, fundado en 1848, no sin un gran influjo de Norteamérica, y aun más, el Estado alemán, no podían ser encajados en el tipo, y fue preciso a la ciencia, ante la dificultad de la cuestión, modificar el tipo mismo, de suerte que fuese

1887; en esta obra acumula una enorme cantidad de material, pero se muestra impotente para sacar consecuencias, conclusiones.

capaz de abarcar en el futuro nuevas formaciones. No es que quede olvidado, desconocido, el tipo primero, sino que se le da el valor de un caso dentro de un género, en vez de tomarlo por el género mismo.

Los tipos, por consiguiente, están puestos dentro del fluir de los hechos históricos, ellos varían según las circunstancias históricas particulares, se complican y se subdividen en especies y subespecies. De aquí nace para la ciencia otro nuevo problema, que es determinar el camino que recorre la formación y deformación de los tipos particulares. De este modo, aquélla podrá mostrarnos no sólo el tipo de Estado e instituciones de éstos, en su coexistencia, sino el tipo de los mismos en su evolución. La doctrina del Estado necesita, pues, buscar y hallar en los fenómenos de la vida del Estado dos clases de "tipos", uno el evolutivo y otro el permanente, el quiescente.

Los tipos que de este modo obtengamos no podrán mostrarse con una claridad absoluta a causa de los elementos que individualizan cada fenómeno particular, se hallarán desviaciones hacia direcciones distintas. Esto es consustancial al tipo empírico, el cual se obtiene precisamente por la extracción de las notas comunes que se ofrecen en una gran variedad de casos particulares;[15] en este punto lo mismo ocurre con los fenómenos sociales que con los naturales. Los casos individuales de una especie animal muestran entre sí conformidad en los caracteres esenciales y una diferencia mayor o menor en otros, diferencia que llega a veces a construir deformaciones que se explican como degeneraciones del tipo. La patología fija algunos tipos de enfermedades; pero encuentra muchos casos *atípicos*, en vista de los cuales y de las observaciones hechas sobre los mismos corrige los tipos antes establecidos; sin el conocimiento de estos tipos patológicos empíricos no habría conocimiento médico posible.

A pesar de desviaciones posibles y de contradicciones parciales, objeto de controversias pedantescas, la síntesis política o de derecho público que se hubiera logrado se mantiene, aun cuando pueda probarse que el caso particular dado no conviene con lo establecido.[16] De otra parte, el co-

[15] Estoy de acuerdo con Max Weber sobre la objetividad del conocimiento social y político, en cuanto se considere el tipo empírico como un ideal, un ideal del ser y no del deber ser, un ideal lógico y no ético *(Archiv f. Sozialwissenschaft u. Sozialpolitik*, XIX, pp. 64 ss.).

[16] A la relación de los "tipos" con el caso particular convienen las palabras de Juliano, L. 10 D. *de Legibus*, I, 3: *"Neque leges, neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed suficit et ea, quae plerumque accidunt contineri"*. De la naturaleza del conocimiento, que conoce por conceptos, depende que existan desviaciones individuales, imposibles de ser aprehendidas. Con completa certeza, sólo puede fijarse (y aun esto no de un modo que le agote) lo que sólo ha ocurrido una vez, porque toda abstracción de los hechos nos da una imagen que nunca se cubre, nunca corresponde plenamente con la realidad. La formación de un concepto es un ensayo por coger la realidad, que es infinita, hasta donde sea posible; de aquí nace una discusión que domi-

nocimiento confirma que se trata aquí de un tipo empírico, no ideal, como el del viejo doctrinarismo, tan lastimoso en la práctica, que quería conformar las relaciones jurídicas, aun cuando se opusiesen a ser tratadas así, con un prototipo.[17]

La significación científica que corresponde a la investigación y a la determinación del tipo empírico, se puede comprender desde el punto de vista que hemos tomado. Teóricamente, da satisfacción a la necesidad sintética de resolver en una unidad la pluralidad de los fenómenos, con lo cual cumple el más alto fin de la ciencia; pero no sólo es su objetivo establecer claridad y unidad en la variedad, sino además comprender en sus fundamentos el fenómeno particular y darle un lugar en el orden total del proceso social. Mediante la precisión de los elementos típicos se muestran también, por esto mismo, como hemos hecho notar anteriormente, las propiedades individuales de cada construcción política, no contenidas en el tipo, como un algo que resta de las propiedades conocidas en éste.

Desde el punto de vista práctico muéstrase el "tipo" como un principio heurístico; pueden, en efecto, hacerse derivar de él con caracteres de grandes probabilidades, consecuencias determinadas que sean aplicables a fenómenos particulares de la vida de los Estados. Las formaciones que respondan a un tipo semejante se desenvolverán en el futuro de un modo análogo. Cuando se habla de historia, se tiene ante la vista —consciente o inconscientemente— el elemento típico en las cosas humanas; sólo porque en análogas condiciones se repiten de un modo análogo las cosas, puede ser tomada la historia como maestra. Sólo es posible una ciencia política, una doctrina de las formas racionales de los fenómenos relativos al Estado, en cuanto en la variabilidad de la vida de éste hay algo que permanece.

Los tipos según los cuales ha de investigar la doctrina del Estado coinciden con las dos posiciones científicas desde las cuales puede considerarse el Estado: el histórico-social y el jurídico. Para la investigación de uno y otro aspecto de la vida del Estado se necesitan métodos diferentes. Se conoce la naturaleza social del Estado mediante los métodos que se usan en las ciencias históricas y sociales; la naturaleza jurídica, por el método jurídico. Empero, acerca del método histórico en la doctrina del

na hoy en las ciencias que tienen que habérselas con conceptos, a saber: si el límite de tal posibilidad puede alcanzarse. Cuanto más lejos va el concepto, tanto más elementos individuales ha de desatender. Quien contemple un paisaje desde la cima de una montaña, ve en las lejanías lo que, sin duda alguna, no habría podido ver desde el valle; pero han desaparecido para él las briznas del prado. Esta brizna es ciertamente muy digna de investigación, mas en derredor de ella hay un mundo infinito en que necesitamos orientarnos y que es invisible si se le considera con el microscopio.

[17] La formulación de un tipo encierra, pues, implícitamente estas dos cláusulas: "por regla general" y "*rebus sic stantibus*".

Estado son necesarias algunas observaciones de orientación a las que añadiremos otras muy breves, relativas al modo de tratar jurídicamente la doctrina general del derecho público *(Allgemeinen Staatsrechtslehre)*.[18]

5. Los modos de la investigación histórica en la doctrina del Estado

Es ya hoy casi un lugar común el afirmar que para comprender científicamente una institución es un supuesto necesario el tener conocimiento de su historia. La escuela histórica del derecho fue quien hizo primeramente esta afirmación y quien la desarrolló, y a ella se ha unido con posterioridad la escuela histórica de la economía política. Es enteramente inabarcable el material histórico que se ha acumulado mediante el trabajo de generaciones, y no obstante, no puede decirse que esté completo el material ni siquiera en un punto limitado, y es más, nunca podrá llegarse a ello. Apenas si cabe dominar el material existente, y aun cuando se acometa la investigación refiriéndola a un problema muy particular, se corre el riesgo de ser aplastado por la masa de trabajos históricos preparatorios.

De aquí arranca una cuestión crítica necesaria, cual es la de saber en qué tanto es condición necesaria para comprender la forma de una institución contemporánea, conocer la prehistoria de la misma. Si la respuesta ha de ser que para comprender lo actual es indispensable un conocimiento del pasado sin lagunas, entonces, la consecuencia última de nuestro saber sobre estas cuestiones habría de ser la de un resignado *Ignorabimus*.

Pero tan desesperada resignación no sería una respuesta justa a esta cuestión crítica. El origen y desarrollo de los métodos de investigación histórica van estrechamente unidos a la victoria creciente de la teoría evolucionista en la ciencia en general. Explícita o implícitamente, en el fondo de todo método histórico incide la convicción de que la historia no sólo nos enseña la serie de los fenómenos, sino sus formas vivas, su

[18] Contra el problema de buscar "tipos" en la doctrina del Estado, pueden verse las observaciones de R. Schmidt, *Allg. Staatslehre*, II, I, 1903, p. 838, en oposición con sus propias afirmaciones de índole general en la *op. cit.*, I, p. 6. En vez de "tipos", quiere él poner caracteres de Estados o individualidades; pero esto, o es simplemente un cambio de palabras para decir lo mismo, o lleva consigo la negación de la propia doctrina general del Estado [título de la obra de Schmidt]. O se admiten los tipos o hay que admitir individualidades sueltas, sin conexión; una tercera posición es imposible metódicamente. Lo que en su citada obra, en las consecuencias y como resultado de su investigación ofrece Schmidt, son también en rigor "tipos", pero de un modo vago y confuso, frutos misérrimos que no corresponden al enorme material histórico de que se ha servido. En general, la falta capital de esta obra, construida sobre tal cúmulo de material, es la falta de claridad acerca del método y fin de la doctrina del Estado.

crecimiento y su desaparición. Por consiguiente, los hechos históricos se dividen para las ciencias sociales teóricas y prácticas, en dignos de valor para ellas y en hechos sin valor; división que es sin duda alguna muy relativa y de resultados diferentes para cada orden del saber. Para la doctrina del Estado, en tanto se propone explicar el de hoy, pueden sacarse de esto las siguientes consecuencias:

Las instituciones cambian sin cesar, pero no todo cambio es una evolución;[19] evolución existe sólo en aquel cambio que conduce de lo más sencillo a lo más complicado. Cuando una institución se hace más amplia, más permanente o un fenómeno más intenso, cuando se acentúa su variedad, su poder director o su conformidad, entonces se dice que evoluciona. Las instituciones jurídicas cambian frecuentemente sin evolucionar y hasta, por el contrario, retroceden. Existe mero cambio cuando una institución se limita a modificar sus fines en el curso de su historia. La evolución de un instituto social exige que permanezca el fin antiguo junto a los fines nuevos que se le incorporan; pero cuando simplemente cambian los fines, entonces lo que existe es una conexión puramente externa entre varios fenómenos que se suceden en el tiempo.[20] Algunos ejemplos servirán para demostrar lo que acabamos de decir.

El actual juicio por jurados proviene del antiguo jurado del derecho normando, pero éste era en sus orígenes testigo de prueba, y no juez de prueba; mas en el siglo XVI transfórmase en Inglaterra este jurado para la prueba, en jurado que juzgaba. La prueba principiaba ante el jurado y seguía, según que fuera o no insuficiente el conocimiento que tenía del caso. Por consiguiente, el jurado no fallaba basándose en su propio saber, sino basándose en lo que había sido depuesto para ilustración de su conocimiento. La institución del juicio por jurado la recibe el derecho francés y la construye transformándola, pero sin hacerla progresar, pues su papel se limita en Francia a hacerle decidir sobre cuestiones de hecho.

La Cámara de los Lores es el más alto tribunal de justicia del reino británico. Desde el siglo XIV, las acciones entabladas por la Cámara de los Comunes contra los altos dignatarios y empleados del Estado sólo podían ser conocidas por este alto tribunal. El derecho norteamericano ha

[19] La palabra "evolución" es de las más ambiguas de la terminología científica, véase Rickert, *Die Grenzen naturw. Begriffsbild*, pp. 472 ss. Por esto, es problema primordial para toda ciencia el determinar con claridad lo relativo al concepto de la evolución. Para las ciencias sociales sólo es este concepto utilizable en el sentido que le damos de concepto de valoración *(Wertbegriff)*.

[20] Wundt, *Ethik*, 3ª ed., 1903, I, p. 117, hace algunas observaciones muy acertadas acerca de la modificación de los fines de las costumbres. Kohler desconoce en qué consiste lo esencial en la evolución del derecho, pues hace equivalentes cambio y evolución. *Op. cit.*, p. 23.

adoptado esta institución del *impeachment*. Cuando hay lugar a actuar, la Cámara de Representantes tiene el papel de acusadora y el Senado, o sea la representación de los estados, el de juez; mas el Senado no es el más elevado tribunal de la Unión.[21] La institución tomada de Inglaterra ha sido modificada, por consiguiente, pero no desenvuelta.

La adopción, probablemente, ha nacido en relación con el culto de los antepasados, porque los miembros de una familia necesitaban ofrendar a los manes de los antepasados muertos, y de aquí el que creyeran los pueblos arios una grave falta morir sin descendencia y crearan, para no interrumpir la continuidad de los sacrificios, una agnación artificial.[22] La adopción continúa existiendo, se ha modificado, pero no ha evolucionado, pues sus fines actuales no tienen relación alguna con los motivos originarios que la crearan.

El matrimonio entre los germanos parece que era en sus comienzos matrimonio por rapto, se transforma en matrimonio por compra y éste a su vez se cambia en los esponsales *(Verlobung)*, y el precio de la compra deviene dote *(Wittum)*; a los esponsales se añaden los desposorios *(Trauung)* mediante la entrega de la casada, y el marido recibe de este modo el poder sobre la mujer. La Iglesia católica ha exigido el consentimiento expreso de los contrayentes ante el sacerdote y dos testigos, de donde ha nacido la forma protestante y civil del matrimonio. Pero estas formas, eclesiástica y humana de matrimonio, son sólo transformaciones, no evolución del derecho antiguo.

La modificación en los fines de las instituciones sociales es un fenómeno del más alto valor. Cuanto más vieja es una institución más probable es que no se hayan conservado sus fines primitivos o al menos que no se hayan mantenido en su forma inicial. De la naturaleza misma de las cosas depende el que tratemos de modificar las instituciones políticas y jurídicas que tenemos, de suerte que puedan enlazarse con las relaciones existentes, y a su vez conformarse a nuevos fines. Vemos también a menudo que institutos que desde largo tiempo no sirven para los fines que les fueron asignados, perviven debido al poder de las fuerzas conservadoras y a los intereses que se benefician del mantenimiento de tales institutos. La historia de las instituciones públicas nos ofrece casos de lo uno y lo otro; así, por ejemplo, el poder personal que originariamente tenía el conde se transformó en un poder territorial hereditario; de la relación de protección en que el pequeño propietario se ponía con res-

[21] En un proceso contra el presidente de la Unión corresponde la Presidencia del Tribunal al juez supremo de la Unión; mas esto no es sino una imitación exterior de las instituciones inglesas. Conforme a esto, en un *impeachment* no es el lord canciller quien preside, como acontece de ordinario, sino que preside el lord High Steward de la Alta Cámara.

[22] Véase Fustel de Coulanges, *La cité antique*, 2ª ed., 1885, pp. 55 ss.; E. Rohde, *Psyche*, 2ª ed., 1898, p. 251.

pecto al gran terrateniente, nació la servidumbre, que rompe con la reciprocidad en los servicios; de la donación voluntaria acordada por las ciudades, proviene el impuesto obligatorio establecido por el Estado; las peticiones y quejas de los comunes ingleses se truecan en la ley constitucional; por último, el hecho de que Jorge I desconociese la lengua inglesa y no pudiese, por tanto, presidir el Consejo del Gabinete, ha sido la causa de que todos los monarcas ingleses posteriores se hayan mantenido extraños a los Consejos del Gabinete, etcétera.

El saber en qué consiste la naturaleza esencial de la modificación de los fines de las instituciones sociales es decisivo, siempre que se trate de conocer en qué medida y de qué modo ha de hacerse la investigación histórica. Enseña ésta primeramente que para comprender la esencia de un fenómeno actual no es necesario conocer todo su pasado, sino que es suficiente conocer desde aquel momento en que aparecen sus fines actuales, que es donde empieza su evolución y comienza a mostrarse en relación viva con lo actual haciéndonoslo entender mejor; pero lo que está antes de este momento no sirve para nada a la comprensión científica del momento presente. Si la adopción tomó su origen del culto de los antepasados, este hecho no nos ayuda nada para saber lo esencial de la adopción moderna, porque falta un nexo vivo entre lo actual y las antiguas preocupaciones religiosas desaparecidas ya. Del propio modo, los estudios sobre el antiguo matrimonio por rapto y compra no tienen valor alguno para quien quiera conocer el matrimonio moderno.

Claro es que esto no quiere decir que las investigaciones históricas sobre estas cuestiones dejen de tener valor; lo tienen y muy grande para otros órdenes del saber: nos enseñan el origen de los fenómenos sociales y el carácter condicional de los factores naturales, éticos o psicológicos. Ahora bien, esto sirve fundamentalmente para comprender el pasado, no lo actual, para lo cual basta el conocimiento de la evolución. Lo que no aprovecha a ésta pertenece al dominio de lo que denominamos nosotros el derecho y el Estado en la Antigüedad, pero no historia del derecho y del Estado. El punto de vista pragmático para explicar las instituciones vivas en la historia permite descargar a ésta de una gran cantidad de material que no es sino peso muerto, material que carece de fuerza impulsora.

Considerando el fenómeno de la modificación de los fines en las instituciones según otra dirección del pensamiento, siempre se advierte que es preciso limitar la investigación. No se trata de renovar mediante la ley instituciones y funciones desaparecidas hace largo tiempo, que nos han sido reveladas por la investigación histórica. Es enteramente mística y oscura la doctrina de que para despertar en un pueblo la conciencia de su unidad histórica y hacerlo revivir, basta con traerle a reflexión su pasado. Partiendo de este error se explican las más de las equivocaciones

prácticas que ha tenido la escuela histórica. Sólo tendrá buen resultado este ensayo de renovación allí donde la vida del pueblo pueda recoger hoy con fruto las instituciones del pasado; pero esto no es hacer evolucionar, sino simplemente una recepción de algo antiguo olvidado y que había quedado como extraño a la historia; mas la variación de las circunstancias que acompañan a esta recepción hace sumamente difícil que pueda ser recogida la institución sin cambiar sus fines primitivos.

Cuando se conocen suficientemente las modificaciones que experimentan los fines de las instituciones sociales, se aclaran infinidad de cuestiones relativas a sus principios fundamentales. Así sucede muy especialmente cuando se trata de los de la evolución en general y sobre todo de ésta en relación con la historia del derecho y del Estado. Desde muy antiguo están frente a frente dos doctrinas: una, casi abandonada hoy, considera el Estado, el derecho y demás instituciones sociales como creaciones conscientes, y la otra, que es la dominante, ve en esto un proceso natural de fuerzas que dominan e intimidan al individuo. Ambas posiciones son equivocadas: la primera, porque se opone al conocimiento histórico, en cuanto supone al hombre aislado, sin contacto aun con la cultura, con una conciencia clara de sus fines, capaz de llevarle a crear lo que sólo podía ser efecto de una sedimentación, de una experiencia de siglos. Una de las faltas garrafales de la doctrina del derecho natural ha consistido en no haber comprendido la transformación que se opera en los fines de las instituciones sociales. En la misma falta, pero en sentido contrario, cae la otra teoría, en cuanto hacer nacer de un místico espíritu popular el Estado y el derecho o de relaciones entre fuerzas ciegas, sin advertir el hecho fundamental de que no hay institución humana que pueda ser engendrada sin la intervención de una actividad consciente de su fin. La propia satisfacción de las necesidades de alimento, habitación y seguridad, se llevan a cabo, aun en los pueblos menos civilizados, de una manera consciente; todas las instituciones y usos en estos pueblos han tenido originariamente un fin consciente, fin que sería equivocado o dañoso, pero motivado por una necesidad psicológica. Las investigaciones modernas han acumulado sobre esto una gran cantidad de materiales; claro es que el fin consciente de épocas primitivas no es el mismo que ha ido lentamente elaborando la cultura; las instituciones, costumbres y usos, una vez nacidos, van modificando insensiblemente sus fines, éstos van siendo influidos por otros modernos que los reforman a veces de un modo pleno, los superan, y aun en ocasiones transforman sus fundamentos, y de este modo, mediante la evolución y el cambio de los fines de las instituciones, nacen formas sociales que no podían haber sido sospechadas, que sobrepasan toda previsión y todas las creaciones de nuestra conciencia; sólo en este sentido puede decirse con justicia que

el Estado y el derecho en sus fundamentos no son creaciones conscientes del hombre.

La idea de que la creación del Estado es un acto realizado inconscientemente y al propio tiempo a la luz de la conciencia, no ha sido ajena a los grandes pensadores de Grecia, a aquellos cuyas teorías nos han sido expuestas —a causa de un estudio superficial de las mismas— como si considerasen el Estado como una creación exclusivamente natural. Para Platón y Aristóteles, el Estado no es una creación arbitraria, sino que ser hombre y vivir en el Estado constituye para ellos una relación irrompible. Así como algunos animales sólo pueden vivir en rebaños —y quizás con más crudeza aún—, dice Aristóteles que es propio de la naturaleza esencial del hombre su carácter de ser social. Genéticamente el Estado es anterior al individuo, pues la parte sólo puede ser comprendida por su relación con el todo, y lo que fuera del Estado vive habría de ser o un dios o un animal. No obstante, estos pensadores creen que, históricamente, el Estado nace por la acción consciente de los individuos.

La división del trabajo, según Platón, fuerza a los hombres, por la necesidad que tienen de completarse, a reunirse,[23] y según Aristóteles, no obstante los sentimientos de agrupación, los hombres han vivido aislados primeramente,[24] y más tarde, conducidos por los instintos sociales, fundan la casa, la aldea y al fin el Estado, donde halla plena satisfacción el impulso del hombre para completar su actividad. Aun cuando la tendencia y la disposición para fundar el Estado sea común a todos los seres humanos, considera Aristóteles como el más grande bienhechor de los hombres a aquel que constituyese primeramente el Estado.[25] En el Estado así fundado existe una evolución porque ha habido enriquecimiento de sus fines originarios; nació por la mera voluntad de vivir, continúa, permanece, τοῦ εὖ ζῆν ἕνεκα, para la plena satisfacción de la vida.

La doctrina de la transformación de los fines pone en claro también el error en que ha incurrido la teoría del origen y formación orgánica de los fenómenos sociales. Por lo común se habla de origen y devenir de una institución, orgánicamente, cuando o no se conoce su origen o se lo conoce de un modo imperfecto, y porque no sabemos cómo han ocurrido las cosas decimos que no ha tenido parte alguna en ello la conciencia. Tanto más alejado de nosotros se encuentra un proceso histórico y menos conocimientos tenemos por consiguiente de sus peculiaridades individuales, tanto más fácilmente pueden invocarlo en apoyo de su hipótesis los partidarios de la doctrina orgánica del Estado y de la sociedad.

[23] *Rep.*, II, 369-370. Véase Gomperz, II, pp. 370 ss.
[24] "σποράδες γάρ. καί οὕτω τὸ αρχαὶον ᾤκουν". *Pol.*, I, 2 1252 b, 24 Bekk.
[25] φύσει μὲν οὺν ἡ όρμὴ ὲν πᾶσιν έπί τὴν τοιαύτην κουνωνίαν ο δέ πρῶτος συστήσας μεγιστων ἀγαδῶν αἴτιος — *ib.*, 1252 a, 30.

Lo que ha nacido en nuestros días, a la plena luz de la conciencia histórica, esto, se rechaza frecuentemente como inorgánico, y así, llámase orgánicas a las antiguas instituciones, en tanto a las modernas, cuyo proceso de evolución nos es conocido, se las denomina mecánicas. Pero cuanto más ahonda la investigación en la historia, con tanto más relieve aparece esto que debería ser evidente por sí mismo: que todas las instituciones reconocen como origen actos conscientes de la voluntad, y por la transformación posterior de sus fines se apartan de su primitiva razón de ser y aparecen como formaciones cuya existencia es independiente de la intervención de la voluntad humana.

A más de las modificaciones de los fines, hay otra circunstancia que influye en las formas que revisten las instituciones sociales. Es cierto que toda acción necesariamente exige un fin; pero ni se alcanza este fin siempre, ni cuando se alcanza se limitan a esto los efectos de la acción, sino que puede tener ésta efectos sociales que eran imposibles de prever ni sospechar. Las acciones humanas son la fuente de efectos no previstos, a causa de la complejidad y variedad enorme de las relaciones sociales. Los efectos de una nueva regla de derecho, la institución de nuevas autoridades, nuevos impuestos, la actitud de los partidos políticos parlamentarios, de un contrato mercantil, de una declaración de guerra, de la cesión de un territorio, de un tratado de paz, etc., jamás pueden ser calculados. Todos estos actos tienen un fin inmediato, próximo, del cual son conscientes los autores; pero ellos no pueden saber si se conseguirá este fin o si una vez alcanzado surgirá algo distinto de lo que se propusieron o que francamente no deseaban. En el encadenamiento de los hechos sociales puede suceder que un acto histórico, que en el pensamiento de su autor estaba determinado con toda precisión en alcance teleológico, rebase toda medida de previsión y produzca consecuencias bien distintas. Piénsese en lo que han significado las grandes batallas de la historia universal cuyos resultados se han dejado sentir en la suerte posterior de la humanidad, de un modo incomprensible, necesariamente, para los combatientes. Cada nuevo descubrimiento técnico produce efectos incalculables; cada progreso en la producción económica, aparte de sus efectos beneficiosos previstos, produce a su vez una serie de consecuencias tristes e imprevistas en el mundo de la economía.

Estas consecuencias imprevistas e incalculables de las instituciones sociales fortalecen la impresión de que su creación es un acto separado de la actuación de la voluntad humana, esto es, que se trata de un acto natural, orgánico; así se piensa muy especialmente cuando nos falta un conocimiento hondo de lo que se quiso. Pero este carácter de "natural y orgánico" incide en todas las acciones humanas, aun en las más insignificantes. Toda volición produce en el mundo exterior un número de mo-

dificaciones imposibles de determinar previamente, y en este sentido es, a la vez que fuerza racional, fuerza irracional. La devoción de los peregrinos piadosos les ha llevado a dar un beso de devoción a un santo puesto en un altar de una iglesia de Roma, y este beso, repetido durante siglos, ha sido causa de que desaparezca el dedo gordo del pie de una de las obras maestras de Miguel Ángel.

En otro lugar se analizará qué significación tiene el hábito y cómo explica las instituciones sociales y políticas como fenómenos extraños a la voluntad. Cuanto más largo tiempo permanece una institución, tanto más difícil es cambiarla; pero, para existir, exige actos repetidos de una voluntad consciente, pues no es esencialmente sino una suma de acciones de la voluntad humana que se han ido plasmando.

6. El método jurídico en la doctrina del Estado[26]

El método jurídico tiene por objeto fijar los principios de la doctrina jurídica del Estado y la evolución del contenido de estos principios de derecho. La doctrina jurídica del Estado es, como ya hemos dicho, una ciencia de normas, las cuales han de ser claramente diferenciadas de las afirmaciones acerca del ser del Estado como fenómeno social. Gran parte de las disensiones metódicas en esta disciplina proceden de la falta de claridad con que suele verse esta doble naturaleza del Estado y de la oposición que nace de aquí, respecto al modo como han de ser tratadas las ciencias referentes al mismo.

Este conocimiento nos pone en situación de no introducir métodos de investigación extraños al campo jurídico de la doctrina del Estado y aplicables a lo social; esto último corresponde también al dominio del derecho, pero estudiado como función social. La historia, la ciencia social y la política se ocupan también del derecho en su origen, evolución, efectos económicos, éticos, de su influjo en las ideas nacionales y aun en la vida total del pueblo. Mas la forma dogmática de las normas jurídicas sólo puede ser explicada mediante el arte del jurista, arte que consiste en abstraer de los fenómenos jurídicos normas, y en deducir las consecuencias que éstas implican. La dogmática del derecho es irremplazable, pero el uso exclusivo de la misma es insuficiente para abarcar los aspectos múltiples de la vida del Estado, de aquí que el investigador necesite acudir a las otras disciplinas.

Todas las investigaciones sobre el método empírico, biológico, naturalista y sociológico sobre el derecho político conciernen a la doctrina social

[26] Véanse mis observaciones sobre este punto en *System d. Subj. öffentliche Rechte*, pp. 13 ss.

del Estado; para el derecho político sólo vale el método jurídico, el cual necesita convenir a las peculiaridades de aquél, porque jurídico no quiere decir lo mismo que derecho privado. Es un grave error metódico el que se comete al trasladar sin crítica alguna los conceptos del derecho privado al público, aun cuando existan formas jurídicas generales que son comunes a todas las ramas del derecho. Sin embargo, no se puede hablar con rigor de un método de derecho privado y otro de derecho público, como no es posible, dentro de las ciencias naturales, hablar de un método químico, sustantivo e independiente del método de la mecánica. Más bien ha de decirse que la unidad del método jurídico, como todo método, ha de adaptarse a las peculiaridades de los materiales que trabaje. Las relaciones del derecho público son distintas de las relaciones del derecho privado; mas esta oposición en los contenidos no ha de ser eliminada, sino muy estimada por la investigación jurídica. Aun cuando es cierto que este principio no es siempre seguido, esto no prueba nada contra la unidad del método, sino contra su defectuosa aplicación.

Los límites de la investigación jurídica en la doctrina del Estado nacen precisamente de su fin, que consiste en alcanzar la posibilidad práctica de juzgar jurídicamente la vida real. Todas las construcciones que no son capaces de conseguir de algún modo este fin práctico carecen de valor científico. No hay jurisprudencia que pueda, impulsada por sí misma, hallar en su seno, como acontece a las disciplinas estrictamente teóricas, el valor del conocimiento.

Por esto la jurisprudencia del derecho público está esencialmente orientada a lo actual. Lo pasado sólo puede ser investigado jurídicamente en cuanto así lo exija la comprensión del problema histórico. Sería vano meternos en controversias sobre el antiguo derecho público romano sin establecer una relación viva entre aquel derecho y el actual según un sentido jurídico rigurosamente metódico; pues no hay posibilidad de reformar el pasado mediante un mejor conocimiento de lo actual, ya que en el pasado no hay deber ser; por esto se ocupa la historia del derecho de lo que realmente fue y no de lo que pudo o debió ser.

III. HISTORIA DE LA DOCTRINA DEL ESTADO[1]

LA DOCTRINA DEL ESTADO es una de las disciplinas más antiguas. Entre las ciencias que cultivaron los griegos llegó ésta a alcanzar una gran preeminencia. Tal preeminencia se debe a la visión que tenían del mundo; para ellos el Estado no era sólo una comunidad política, sino que lo era también religiosa; por esto, para el griego, las últimas cuestiones morales estaban estrechamente enlazadas con las políticas. No se comprendía en Grecia una comunidad de vida fuera del Estado o autónoma dentro de él. Como los problemas morales superan en interés a los demás, hicieron retroceder a todos ellos, y la doctrina del Estado alcanzó, por su unión con lo moral, un primer lugar en la investigación y, conforme con la tendencia práctica de la especulación ética, buscó con preferencia fijar los principios de las acciones políticas. Las noticias que poseemos sobre los comienzos del pensar político, nos hacen ver cómo los científicos de esta disciplina se afanaban por hallar una medida, un criterio con que juzgar los hechos, medida que creen encontrar los unos en la naturaleza y los otros en proposiciones o leyes humanas.

[1] Literatura: obras de conjunto sobre historia de la doctrina del Estado: Glafey, *Vollständige Geschichte des Rechts der Vernunft*, 1735; Weitzel, *Gesch. der Staatswissenschaft*, I, II, 1832-1833; Fr. J. Sthal, *Die Philosophie des Rechts*, 4ª ed., I, 1870; Ahrens, *Naturrecht oder Philosophie des Rechts u. des Staates*, 6ª ed., 1870, I, pp. 13-212; R. von Mohl, *Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, I, 1855, pp. 217-264; F. von Raumer, *Über die geschichtliche Entwicklung der Begriffe von Recht Staat u. Politik*, 3ª ed., 1861; Janet, *Histoire de la Science politique*, I, II, 3ª ed., 1887; Pollock, *An introduction to the history of the Science of politics*, Londres, 1893; Rehm, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft (Hand. des öff. Rechts, Einleitungsband*, I), 1896; del mismo: *Allg. Staatslehre (Hand. des öff. R. Einleitungsband*, II), 1899, pp. 209 ss.; Cumplowicz, *Gesch. der Staatstheorien*, 1905. Para épocas particulares: Hildenbrand, *Gesch. u. System d. Rechts-und Staatsphilosophie*, I, 1860 (Edad Antigua); Gomperz, *Griechische Denker*, I, 1896, II, 1902; Gierke, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, 1881; *Die Staats u. Korporationslehre d. Alterntums u. Mittelalters;* del mismo: *Johannes Althusius u. die Entwicklung der naturrechtlichen* (para Edad Media y Moderna); Ad. Franck, *Réformateurs et publicistes de l'Europe, moyen âge-renaissance 1864, dix-septième siècle 1881, dix-huitième siècle, 1893;* Bluntschli, *Gesch. v. allg. Staatsrechts und der Politik, Seit dem 16 Jahrh, bis zur Gegenwart*, 2ª ed., 1867; Gothein, *Renaissance und Reformation* en *H. W. B. der Staatswissenschaften*, 2ª ed., IV, pp. 35 ss.; J. H. Fichte, *Die philosophischen Lehren von Recht Staat und Sitte in Deutschland, Frankreich und England, von der Mitte des 18 Jahrh. bis zur Gegenwart*, 1850; Vorländer, *Gesch. der philosophischen Moral, Rechts und Staatslehre der Englander und Franzosen*, 1855; G. Koch, *Beitrage zur Gesch. d. politischen Ideen*, I, 1, 1892-1896; H. Michel, *L'idée de l'État. Essai critique sur l'histoire des théories sociales et politiques en France depuis la révolution*, París, 1895; W. A. Sunnig, *A history of political theories ancient and mediaeval*, Nueva York, 1902; R. W. y A. J. Carlyle, *A history of mediaeval political theory in the West*, I, Edimburgo y Londres, 1903.

En esta lucha de opiniones, la cuestión que primariamente aparece como objeto de polémicas es cómo se ha de constituir el Estado en relación con su fin y cuál va a ser la situación del individuo dentro del Estado. Se ve claro, pues, que los fundamentos para esta dirección están dados en la doctrina del Estado, la cual escoge como tema principal la investigación del tipo ideal de éste. No se pregunta: ¿qué es el Estado?, sino ¿cómo debe ser creado el Estado? Ésta es la cuestión primera que nació ante la necesidad de tener un conocimiento científico del mismo. Poseemos fragmentos en que se habla de la construcción de un Estado ideal, y estos fragmentos pertenecen a pensadores que no sufrieron el influjo de Sócrates, como Phaleas de Calcedonia y Carondas de Mileto. En la época de esplendor de la filosofía griega, llega a ser objeto favorito de la especulación política la idea del Estado perfecto. Donde más claramente se advierte esto es en Platón, cuyas más grandes obras políticas están consagradas a la descripción del Estado ideal y del que se aproxima más a él. Según la disposición del sistema de Aristóteles, el fin último de la investigación de las ciencias del Estado está constituido por el conocimiento del mejor Estado, y es más, conocer el Estado que mejor realice su propio fin es el objetivo más digno que puede proponerse el conocimiento práctico.

En las escuelas postaristotélicas, aun en los últimos retoños, continúa viva esta tendencia íntima, conforme a la cual queda relegado el interés teórico del conocimiento político y sustituido por un interés práctico orientado a la protección del individuo. Siguiendo por este camino vuelve a renacer, como tema preferente, la preocupación por el Estado ideal. ¿Cómo debe organizarse el Estado de modo que el sabio pueda tomar parte en él? Ésta es la cuestión política principal de la ciencia postaristotélica del Estado.

Junto a esta especulación acerca del tipo ideal del Estado, va ganando lugar otra dirección que se ocupa de la realidad del mismo. Para ella lo ideal no puede conocerse sino por su oposición con lo real. La realidad con sus faltas debe aparecer viva a los ojos del que investiga; sólo mediante la crítica de aquélla es posible una modificación en las instituciones. Dicha crítica, no muy sistemática ni metódica, era una producción natural en el rico desenvolvimiento de la vida pública ateniense. Especialmente los sofistas, no sólo hicieron una crítica sagaz, penetrante, sino que desarrollaron una teoría del Estado real. Muchas de las cosas atribuidas a Platón o a Aristóteles acerca de la doctrina del Estado, proceden tal vez de una época anterior; pero desgraciadamente conservamos muy pocos fragmentos de la literatura política de aquellos tiempos.[2]

Hay en Platón infinidad de observaciones sobre el Estado tal cual es y

[2] Véase Rehm, *Gesch.*, pp. 14 ss.

de sus transformaciones; de un modo más enérgico y rico en consecuencias se encuentra dicho todo esto en Aristóteles, quien intenta construir las ciencias prácticas sobre la base de una investigación de lo real y considera esta investigación como una preparación previa indispensable para la solución de las más elevadas cuestiones prácticas; por eso es él el creador de la doctrina sistemática de la ciencia del Estado, la cual, para él, ocupa un lugar en cuanto ciencia teórica, junto a la política práctica, que se propone realizar un Estado siempre mejor que el precedente. Aristóteles determina cuáles son fundamentalmente los "tipos empíricos" de Estados de aquel entonces, y fija la subdivisión de los mismos, sin olvidar los efectos de los factores individuales, y no sólo precisa los "tipos reales", sino los tipos dinámicos, funcionales, aquellos con arreglo a los cuales tiene lugar el proceso de la vida de los Estados. La vida de éstos es, pues, considerada desde un punto de vista teleológico, gracias a lo cual quedan puestos los fundamentos para una política realista con carácter científico. Las disciplinas particulares de la teoría del Estado no estaban diferenciadas, sino que, por el contrario, todos los modos de considerar la doctrina del Estado estaban fundidos en la política. Esta palabra significa en griego doctrina acerca de la *polis*, πὸλις, y no puede identificarse, por consiguiente, con el término moderno política, sino que debe traducirse por "ciencia del Estado".

Existen en la literatura antigua algunas investigaciones sobre la doctrina del Estado que se podrían incluir en la historia de éste; así, por ejemplo, el ensayo sobre la doctrina del Estado de Polibio, que a la postre no es sino una apología del Estado romano, y algunas observaciones de Cicerón, tomadas las más de ellas de la literatura griega, sobre el Estado y sus formas.

La literatura cristiana de la Edad Media está muy distanciada de una doctrina científica del Estado. De un modo más acentuado aún que en la Antigüedad, se nota en esta época la preocupación de que lo digno de valor para el saber consiste en el estudio de lo que debe ser, no de lo que es. Las relaciones políticas reales y la construcción del mundo del Estado de aquel entonces, a tal punto quedaban fuera de las preocupaciones de aquellos tiempos, que poco o nada se nos dice de las instituciones de esta época. Lo único estimado por los hombres de entonces eran aquellas cuestiones jurídicas o políticas que hacían referencia a la relación entre el poder temporal y el espiritual. Las variaciones que se advierten en los conceptos son modificaciones hechas sobre los mismos que la Antigüedad hubo de legarles, llevadas a cabo de modo que encajasen con la visión cristiana del mundo; a esto se une el influjo del derecho romano, nunca enteramente muerto y que pasó a ser de dominio general por mediación de los legistas. El que no se formase una ciencia sustantiva del Estado

se debió a la falta de Estados mutua y oficialmente reconocidos. El antiguo imperio romano continuó organizado en la Edad Media con la misma forma de imperio mundial, y tuvo como directores al emperador y al papa; mas los miembros particulares de este imperio no fueron considerados como Estados en el pleno sentido de este concepto. Por todas estas razones se explica que tenga la Edad Media una literatura muy rica en cuestiones políticas y sumamente pobre cuando se trata de hallar investigaciones y resultados sobre ciencia teórica del Estado.

Independientemente de esta literatura nace una nueva, la de la jurisprudencia, la cual, por su naturaleza misma, hace referencia a las formas reales de la vida; pero le falta partir de un concepto claro del Estado fundado en las relaciones positivas. Quiso servirse para esto del concepto "corporación", tan desarrollado en aquella época dentro y fuera de la Iglesia. La teoría romanista y canónica de la corporación —cuya importancia y significación en la historia de la doctrina del Estado ha puesto de manifiesto Gierke— contiene puntos de vista profundos que sólo más tarde en la teoría del Estado hubieron de desenvolverse al hacerse ésta independiente. Dicha teoría de la corporación llega a producir una completa revolución en los problemas teóricos de la ciencia del Estado. En la Antigüedad y en la literatura escolástica, basada toda esta última en la doctrina antigua, se considera al Estado en último término, como un ideal a realizar; por tanto, las especulaciones sobre ciencias del Estado convertíanse en investigaciones políticas. Pero se prepara además una visión del Estado, la cual lo reconoce esencialmente como una creación jurídica, y de este modo la doctrina del Estado llega a ser considerada como una parte de la ciencia del derecho, pensamiento bien ajeno a la Antigüedad. Aun cuando el *jus publicum* fue conocido y reconocido como doctrina sustantiva en el derecho romano, le faltó a la literatura jurídica de ese pueblo la investigación sobre el *status republicæ,* al cual se refería aquel derecho.

Los griegos, por el contrario, jamás llegaron a concebir el derecho en lo que éste tiene de peculiar; de aquí que les faltase por completo un conocimiento del Estado en su aspecto jurídico. La unión de la doctrina del Estado con la jurisprudencia ha llegado a ser en los tiempos modernos de extraordinaria importancia para la evolución de la ciencia teórica del Estado.

La época que comienza con el Renacimiento y la Reforma principia con investigaciones de índole política. La disolución del mundo medieval dejó rotas, o quebrantadas al menos, las autoridades existentes. En vez de la unidad del imperio de la Edad Media, se constituye una variedad de Estados conscientes de su independencia. De aquí nació el impulso para considerar estas nuevas formaciones, su valor y las condiciones de su conservación, y esto planteó a su vez temas de naturaleza teórica.

Respondiendo a esta serie de cuestiones, aparece una literatura política, a la cabeza de la cual se encuentran las obras de Maquiavelo, y aún más especialmente las de Juan Bodino, literatura que se ocupa de la naturaleza, propiedades y modos de organizarse los Estados. Como Aristóteles, también parten ellos del mundo que les es dado, para alcanzar de esta suerte el concepto de "tipos", sobre los cuales puedan basarse las prescripciones del arte político; pero, a diferencia de lo que venía sucediendo, no se limitan a seguir servilmente a Aristóteles.

El mundo moderno busca, pues, una base nueva y firme para fundar sobre ella las relaciones igualmente nuevas. Este fundamento se lo ofrece la doctrina del derecho natural, del que tuvieron una intuición los antiguos y aún la Edad Media. La característica del derecho natural consiste en que, desligado de todo fundamento teológico, no hace depender su fuerza de mandamientos divinos, sino que afirma su valor y prueba su sustantividad por razones de necesidad interna. El derecho natural, en sus comienzos, se orienta hacia el derecho político; el Estado, su origen, naturaleza y funciones, son derivados de él; de aquí nace una doctrina general del mismo, que en sus iniciadores es sólo una teoría jurídica, y que lo oponen conscientemente al modo político de tratar el Estado; Hugo Grocio[3] es quien al principio acentúa con más vigor esta oposición de lo jurídico a lo político. No obstante, en los cultivadores posteriores del derecho natural se encuentra mezclado muchas veces lo jurídico con lo político, cosa muy explicable, pues los escritores más preclaros y de mayor influjo, vivamente interesados en la formación de las relaciones políticas, acometían investigaciones que, aun teniendo un fundamento teórico, están hechas con fines prácticos. En Hobbes, Locke, Spinoza, Pufendorf, Rousseau y Kant, se encuentra muy clara esta tendencia a mostrar al lector que el Estado normal es el fin de las investigaciones teóricas del Estado. Pero siempre es el Estado para ellos una institución fundada mediante el derecho y sobre bases jurídicas, a saber: el contrato.

Hubo hombres menos preeminentes en este movimiento intelectual que se inclinaron a elaborar los materiales que habían aportado los iniciadores y a trabajar en una dirección de escuela; éstos fueron quienes crearon una disciplina del derecho público universal ajena a la política. Lipsio[4] trató ya la política independientemente de la doctrina jurídica del Estado, y el holandés Ulric Huber, en su libro *Nova disciplina iuris publici universalis*, esfuérzase por separar el Estado de la política.[5] Huber

[3] *De iure belli ac pacis*, proleg., § 57.

[4] *Politicorum sive civilis doctrinae*, libro VI, 1590.

[5] *De iure civitatis libri tres novam iuris publici universalis disciplinam continentes*, 4ª ed., 1708 (ed. príncipe, 1672). Acerca de la oposición entre la doctrina general del derecho político y la política véase LI, secc. I, I.

no es el fundador de la doctrina, pero sí del nombre "derecho político", que había de ser después, con este nombre, objeto de infinidad de trabajos; esta disciplina fue fundada sobre el derecho natural y la experiencia histórica; está más próxima, por lo tanto, de la realidad que la doctrina del derecho privado en el derecho natural, la cual carecía de un Aristóteles que le pudiese servir de modelo. Desde Pufendorf, los sistemas completos de derecho natural dedicaban un libro especial o una sección al estudio de la doctrina general del derecho político.[6]

Pero la necesidad que se hizo sentir de una separación entre lo jurídico y lo político no fue en modo alguno llevada a cabo en la literatura del derecho natural. El interés práctico sobrepujó a tal punto al interés teórico, que la misma escuela del derecho natural tomó parte en la lucha por la organización de las relaciones del derecho político, hasta llegar a ser una de las fuerzas espirituales más influyentes en esta obra de reorganización. Pufendorf, Tomasio, Wolf y Kant llegaron a tener un ascendiente sobre el pensamiento político de su tiempo, tan poderoso como el de aquellos escritores que pusieron por objeto inmediato a sus doctrinas el fin práctico, como sucede con Locke y Rousseau.

Después de la caída o, al menos, pérdida de privanza que sufre la escuela del derecho natural, reaparece el derecho político con una tendencia política manifiesta, bajo la forma de derecho constitucional universal. En su famosa obra *L'Esprit des lois,* Montesquieu ofrece un modelo: la monarquía constitucional inglesa, y un ideal político al Estado: asegurar la libertad política a sus ciudadanos. Las instituciones inglesas, tal como se las comprende e imita en Francia, dieron lugar a una doctrina del Estado constitucional modelo, doctrina que toma sus bases de las observaciones de Mirabeau, Sieyès y Benjamin Constant. Esta doctrina del derecho constitucional universal, expuesta en infinidad de obras francesas y alemanas, influyó grandemente en la política práctica y ha llegado a ser el fundamento de los programas de los partidos liberales, singularmente en Alemania.

El gran movimiento revolucionario que tiene lugar en el mundo científico a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX penetra y remueve igualmente las ciencias del Estado; continúan las antiguas direcciones y tendencias; perviven las construcciones ideales de Estados, formuladas ahora por escritores políticos de gran influjo práctico a veces y que pasan con frecuencia a ser el contenido del programa de un partido; pero al propio tiempo, correspondiendo al sentido científico de la nueva época, va deján-

[6] Pufendorf lo trata en su obra *De jure naturae et gestium,* libro VIII, en los dos últimos libros, pero sin designar con un nombre especial esta parte del derecho natural. En Alemania parece deberse a J. H. Bohvaer, *Introductio in ius publicum universale ex genuinis iuris naturae principüs,* 1710, la popularización del término derecho político *(Allgemeines Staatsrechts).*

dose sentir la exigencia de un conocimiento objetivo del proceso histórico y de los Estados existentes. La formación de nuevos órdenes del saber que están en conexión estrecha con la vida del Estado permite considerar el problema desde nuevos puntos de vista. El derecho natural consideró al Estado exclusivamente como una institución jurídica edificada sobre fundamentos jurídicos; mas en esta otra época se recoge y unifica la variedad de naturalezas del Estado dentro de la conciencia científica. Principia a abrirse camino la idea de que la ciencia fundamental del Estado no es sólo una doctrina jurídica del mismo, sino una disciplina independiente, cuyo objeto es fijar los caracteres del Estado que son extraños al derecho y anteriores a él, para lo cual no basta el auxilio que la investigación jurídica pueda prestarle. De esta manera va surgiendo la exigencia de una doctrina general del Estado, que no ha de considerar a éste meramente en su propiedad de sujeto de derecho, sino que lo ha de estudiar en su unidad de objeto y, por tanto, en la totalidad de sus caracteres.

La expresión doctrina del Estado, como traducción de la voz política, encuéntrase usada a mediados del siglo XVIII;[7] pero el reconocimiento de las diferencias que le separan del derecho político no se alcanza hasta fines del mismo.[8] En la primera mitad del siglo XIX, la doctrina del Estado es considerada como una disciplina independiente que se desenvuelve paralelamente al derecho público y a la política, con el carácter de doctrina naturalista del Estado[9] o como la totalidad de las ciencias teóricas del mismo en oposición a las ciencias prácticas.[10] En la segunda mitad del

[7] Véase sobre esto la literatura que indica R. von Mohl, I, pp. 265-334. También da muchas noticias bibliográficas Von Aretin, *Staatsrecht der Konstitutionellen Monarchie*, I, 1824. Para la época que sigue, puede verse una bibliografía muy completa en Held: *Staat. u. Gessellschaft*, III, 1865, pp. 91-100.

[8] Quien por vez primera lo señala es Schlözer, *Allgemeines Staatsrecht*, 1793, p. 9, el cual divide la ciencia del Estado en descripción del Estado *(Staatskunde)* y doctrina del Estado *(Staatslehre)*. Esta última parte la designa también *Cursus politicus philosophicus*, o *Scientia imperii*, por oposición a la descripción de un Estado tomado individualmente, o sea, *notitia imperiorum*. Por *Scientia imperii* o *Cursus*, etc., entiende "el estudio de la institución humana denominada Estado, considerada en su fin y naturaleza", la divide en metapolítica (que puede ser considerada como el antecedente de la actual doctrina social del Estado), derecho político, doctrina del estado constitucional y política en estricto sentido.

[9] A Schleiermacher se debe una fisiología del Estado, la cual deriva la formación real de éste, de un proceso: *Die Lehre von Staat*, editado por Chr. A. Brandis, p. 1. Rotteck se ha ocupado de la física del Estado como una parte de la doctrina del Estado (véase la nota que sigue). Después, H. Leo, *Studien u. Skizzen zu einer Naturlehre des Staates*, I, 1833, ha trazado los principios de una fisiología del Estado, y K. S. Zachariae, *Vierzig Bücher vom Staate*, 2ª ed., 2 vols., 1839, hace preceder una doctrina *natural* de la política en general a la teoría constitucional del Estado. La idea de una doctrina natural del mismo ha reaparecido hoy entre los partidarios de la concepción orgánica del Estado, como por ejemplo, C. Frantz, *Vorschule zu einer Physiologie der Staaten*, 1857, y *Naturlehre des Staates*, 1870, y entre los representantes de la sociología biológica como Spencer y Schäffle.

[10] Rotteck, en su obra *Lehrbuch des Vernunftrechts u. des Staatswissenchaften*, II, 1830, separa la doctrina teórica del Estado o metapolítica de la doctrina práctica del mismo, o sea,

siglo XIX la considera Robert von Mohl[11] como disciplina independiente en la ciencia del Estado, y bajo su influjo, algunos otros.[12] Pero falta la fijación de una nota, reconocida por todos, que sea suficiente para separar la doctrina del Estado de la doctrina del derecho político y de la política. Las exposiciones dedicadas a este objeto están llenas de oscuridades y contradicciones.[13]

No llega a reinar claridad completa sobre este punto hasta que se advierte que el Estado puede ser considerado desde dos aspectos científicos diferentes: el social y el jurídico. La doctrina de una fisiología o de una física del Estado o la doctrina naturalista de la política arranca, como después habremos de decir, de una imprecisión metódica, y lo que tiene valor en estas teorías cae dentro de la doctrina social del Estado. Igualmente debe negarse la existencia de una doctrina filosófica especial para el Estado, para el derecho político o de una metafísica del Estado; más bien debe decirse que lo especulativo en estas materias corresponde, no a la ciencia del Estado, sino a la filosofía, en tanto que los principios de la doctrina del Estado son una parte de la doctrina social del Estado o de la doctrina jurídica del mismo

política en estricto sentido, dividiendo la primera en metafísica del Estado, física del Estado y doctrina del derecho político.

[11] Primero en la obra ya citada, I, p. 126, y después en la *Enzyklopädie der Staatswissenschaften*, 2ª ed., 1892, pp. 91 y 157. Junto a la doctrina del Estado están como ciencias dogmáticas del Estado, el derecho político, doctrina de la moral pública *(Staats Sittenlehre)* y el arte del Estado o política.

[12] Bluntschli, *Lehre von modernen Staat*, 1875-1876, invalidando sus cuatro ediciones precedentes, ha dividido la doctrina del derecho político en tres partes: *1)* doctrina general del Estado, *2)* derecho público universal, *3)* política. También ven en la doctrina del Estado una disciplina aparte: Rössler, *System der Staatslehre*, 1857; H. Bischof, *Allgemeines Staatslehre*, 1860; Escher, *Handbuch der praktischen Politik*, 1863, I, p. 8; Holtzendorff, *op. cit.*, p. 4; Meyer, p. 44. Otros en sentido contrario, como H. Schulze, *Einleitung in das Deutsche Staatsrechts*, nueva edición de 1867, y J. von Held, *Grundzüge des allgemeinen Staatsrechts*, no distinguen entre doctrina general del Estado y doctrina del derecho político. Hay un tercer grupo, al cual pertenecen: M. Seydel, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, 1873; Lingg, *Empirische untersuchungen zur allgemeinen Staatslehre*, 1890, y Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, 1896, quienes, o emplean esta expresión —doctrina general del Estado— para explicar la doctrina del derecho político, o bien dejan por fijar la relación entre doctrina del Estado y derecho político. J. Schwarcz, *Elemente der Politik. Versuch einer Staatslehre auf grundlage der vergleichenden Staatswissenschaft u. Kulturgeschichte*, 1895, muestra ya en el título una confusión que corresponde a la falta de claridad que hay en el contenido. (Véase, por ejemplo, en la p. 42, la definición de Estado, la cual tiene 24 líneas de extensión.) Gareis, *Allgemeines Staatsrechts*, en *Manquardsen Handbuch des öffentlichen Rechts*, I, pp. 17 ss., afirma que el derecho político entra dentro de la doctrina general del Estado. Rehm, *Allg. Staatslehre*, 1899, considera la doctrina general del Estado como la más amplia disciplina, la cual encierra dentro de sí al derecho político. Esta obra, construida sobre fundamentos sólidos, es de una gran profundidad.

[13] Basta con que se compare, por ejemplo, la doctrina general del Estado de Mohl con la de Bluntschli; la del primero comprende la doctrina de la legislación, que el segundo la pone en el derecho político, en tanto que éste estudia en la doctrina general del Estado y de las funciones del mismo, que para Mohl corresponden al derecho político filosófico.

No obstante la oscuridad existente, se ha llegado a ver claro en la ciencia moderna sobre dos puntos fundamentales. Es uno, que el derecho político no es puramente la doctrina de un derecho vigente, sino que es al mismo tiempo una teoría de la parte no jurídica del Estado, y contiene normas, no proposiciones científicas. Esta doctrina ocupa en la ciencia un lugar análogo al de la doctrina general del derecho, a la cual exigimos que nos dé para cada sistema del mismo una teoría de los principios jurídicos expresados en cada derecho particular.[14]

Así pues, la separación rigurosa entre lo teórico y lo práctico, a pesar de todos los ensayos hechos para ponerla a plena luz, continúa siendo motivo de confusiones. La exigencia de una doctrina del Estado separada de la política, que refiera sus resultados al ser y no al deber ser, es la consecuencia indeclinable de las teorías de la nueva escuela de publicistas alemanes que inician W. E. Albrecht[15] y C. F. von Gerber.[16] El problema de esta escuela consiste en investigar y exponer el derecho político desde un punto de vista exclusivamente jurídico. Esta escuela ha tomado muchos de los conceptos fundamentales, aun en la forma, de la doctrina del derecho natural y de la literatura política de su tiempo. En muchas ocasiones daba a los resultados el valor de consecuencias jurídicas, siendo así que sólo se trataba con frecuencia de residuos depositados por teorías políticas. La propia ciencia contemporánea del derecho político ha hecho política inconscientemente al deducir de supuestas reglas jurídicas, consecuencias que tomaba como estrictamente de derecho y que en verdad eran de naturaleza política. Por esto, la construcción posible de una ciencia objetiva del publicismo *(publizistischen Wissenschaft)* requiere una depuración de los conceptos fundamentales que antes no se creía precisa.

Si se hojean los numerosos ensayos que se han hecho en nuestro tiempo para exponer la doctrina del Estado, encontraremos que existen exposiciones completas e investigaciones monográficas, llevadas a cabo por escritores que se ocupan ex profeso de la ciencia del Estado y de la doctrina del derecho. En estas monografías hay la misma oposición de métodos que en las ciencias a que corresponden. Según el aspecto que predomine en la cultura del autor, así en la dirección de su trabajo se subraya el

[14] Así, Meyer, *op. cit.*, pp. 1 ss., considera la doctrina del derecho político como la llamada a estudiar los conceptos fundamentales del derecho público; Hänel, *Deutches Staatsrecht*, I, pp. 73 ss., lo estima como el dedicado a determinar las relaciones fundamentales del derecho público; Auschutz, *Grundzuge des deutschen Staatsrechts* en *Kohlers Enzyklopädie der Rechts Wissenschaft*, II, pp. 451 ss., cree que lo que ha de hacerse es estudiar los fundamentos conceptuales del derecho público alemán.

[15] Véase la recensión de *Maurenbrechers Grundsätzen des heutigen deutschen Staatsrechts. Göttinger gelehrte Anzeigen*, 1837, III, pp. 1489-1504, 1508-1515.

[16] *Grundzuge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 1ª ed., 1865; 3ª ed., 1880. El programa de esta nueva dirección se encuentra en el prólogo a la primera edición de esta obra.

método especulativo-filosófico, histórico-político o el jurídico. Una forma sistemática en la elaboración del material sólo se encuentra hoy, por lo común, entre juristas o entre investigadores con educación jurídica.[17]

La doctrina general del Estado, como doctrina de los conceptos jurídicos fundamentales del mismo, pertenece en primer lugar, sin duda alguna, al campo de acción del jurista, por más que sea preciso penetrar en otros órdenes del saber para ahondar en sus investigaciones. Es costumbre moderna comenzar la exposición del derecho público positivo con un bosquejo de la doctrina jurídica general del Estado, lo cual está perfectamente justificado, porque esta doctrina se encuentra con respecto a las instituciones particulares jurídicas de esta misma rama, en la propia relación en que se halla la doctrina general del derecho privado o del derecho penal con las partes especiales de estas ciencias. Como no puede menos de suceder, acontece aun en aquellas obras en que inmedia-

[17] Además de las obras citadas como las de Held, Bluntschli, Gerber, H. Schulze, de Seydel, Laband, G. Meyer, Gareis, Bornhak, Anschutz, deben ser también señaladas en este lugar algunas de las obras más importantes publicadas por los juristas alemanes en los últimos 40 años: Zöpfl, *Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts*, vol. I, 5ª ed., 1863, §§ 1-65; véase Kaltenborn, *Einleitung in das konstitutionelle Verfassungsrecht*, 1843; H. A. Zacariae, *Deutsches Staats-und Bundesrecht*, I, 3ª ed., 1865, §§ I-28; L. Stein, *Die Lehre von der vollziehenden Gewalt*, 2ª ed., I, 1869; Hänel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, vols. I, II, 1873-1883; Gneist, *Der Rechtstaat*, 2ª ed., 1879; O. Meyer, *Einleitung in das deutsche Staatsrecht*, 2ª ed., 1884, pp. 1-29; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft*, 1886; Jellinek, *Gesetz u. Verordnung*, 1887, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1892; Gierke, *Die Gnossenschafttheorie u. die Deutsche Rechtsprechung*, 1887; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebiestskörperschaften*, 1889; Ad. Merkel, *Philosophische Einleitung in die Rechtswissenschaft*, en la *Enciclopedia Holtzendorff*, 5ª ed., p. 1 (este estudio ha sido reimpreso en la *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre u. des Strafrechts*, 1899, pp. 577 ss.); A. Affolter, *Grundzuge des allg. Staatsrechts*, 1892; del mismo, *Staat und Recht*, en *Hirths Annalen des Deutschen Reiches*, 2ª ed., I, II, 1895-1897; Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, II, 1895-1896; Bruno Schmidt, *Der Staat* (Jellinek, Meyer, *Staatsund volkerrechtliche Abhandlung*, I, 6), 1896; M. von Seydel, *Vorträge aus dem allg. Staatsrecht* en *Hirths Annalen*, 1898 y 1899; Edgar Loening, *Der Staat, Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 2ª ed., VI, 1901, p. 907; Fr. v. Lemayer, *Der Begriff der Rechtschutzes in öfften. Rechte im Zusammenhange der Waudlungen der Staatsauffasung betrachtet*, 1902; G. Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates*, 1905. De la literatura extranjera, lo de más importancia es: Boutmy, *Études de Droit constitutionnel*, 2ª ed., París 1895; Esmein, *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 3ª ed., 1903; Duguit, *L'État, Droit objectif et la loi positive*, 1901, II; del mismo, *Les gouvernements et les agents*, 1903; W. Wilson, *The State* (hay traducción española del señor Posada), Boston, 1892; Burgess, *Political Science and Comparative Constitutional Law*, I, II, Boston y Londres, 1898 (existe traducción española publicada por La España Moderna); Orlando, *Principii di Diritto costituzionale*, 3ª ed., Florencia, 1894; Αραβαντίνος, Ελληνικον συνταγματικον δικαιον, I, Atenas, 1897-1898; Σαρίπολος Σύστημα συνταγματικον δίκαιοῦ καὶ γενικοῦ δημοσιου, δικαιον, 1ª, Atenas, 1903. Véase además Rossi, *Die neuere Literatur des Verfassungsrechtes bei den romanischen Völkern*, en el *Kritischen Vierteljahrschrift für Gesetsgebung u. Rechtswissenschaft* (traducción de Von Seydel), 1895, pp. 523 ss., y 1897, p. 1. Existen muchos otros estudios e investigaciones monográficas sobre doctrina general del derecho y trabajos dedicados a otros temas jurídicos, pero los más importantes están indicados en las obras que hemos anotado.

tamente se trata del detalle del derecho público positivo, donde existen observaciones sobre los principios generales de este derecho y se sacan deducciones de ellos por suponérseles implícitamente conocidos

Algunos autores han tratado una parte mayor o menor de la doctrina del Estado por mantener una estrecha relación, o al menos algún punto de contacto, con la ciencia que ellos cultivaban. Así deben señalarse:

1) Trabajos de escritores de filosofía. Cada sistema filosófico completo tiene, naturalmente, que desarrollar alguna doctrina del Estado; doctrina que hoy, después de haber perdido la filosofía especulativa su preeminencia, suele carecer de originalidad y no ser muy profunda. La filosofía del derecho, al ocuparse, como ha de hacerlo, de todas las cuestiones fundamentales de la vida social, necesita referirse también a los principios de la doctrina del Estado. Mas las obras modernas sobre estas cuestiones suelen mostrar un gran desconocimiento de los resultados de las investigaciones sobre la ciencia del Estado.[18]

2) Obras sobre política con un fundamento histórico. El Estado ha sido frecuentemente objeto de consideración propia, sustantiva, por parte de los historiadores. Los más notables ensayos que se han hecho en este sentido parten del punto de vista antiguo que consideraba la totalidad de la vida del Estado como una unidad irrompible. Inútil sería buscar en ellos una separación entre el aspecto jurídico y el no jurídico, entre lo jurídico y lo político; más bien suelen describir el Estado tal como el autor cree que debe realizarse en un próximo futuro, según muestra la evolución histórica, no faltando en ocasiones como motivos para esta determinación de lo que será el Estado, las preferencias particulares por un programa político.[19]

Existen otras obras que se proponen dar una doctrina natural del Estado o de las formas particulares del mismo, en la que por lo común existen, al propio tiempo que explicaciones de índole teórica, puntos de carácter

[18] Véase Stahl, *op. cit.*, vol. II, *Die Staatslehre u. die Prinzipien des Staatsrechts*, 5ª ed., 1878; Ahrens, *Naturrecht*, 6ª ed., II, 1870, pp. 264 ss. (hay traducción española); Trendelenburg, *Naturrecht auf d. Grund. der Ethik*, 2ª ed., *id.*, 1868, pp. 325 ss.; Lasson, *System der Rechtsphilosophie*, 1882, pp. 641 ss.; Höffding, *Ethik*, trad. de Bendixen, 1888 (hay traducción española publicada por la casa Henrich); Paulsen, *System der Ethik*, 6ª ed., II, 1903, pp. 543 ss.; Wundt, *op. cit.*, II, pp. 306 ss., y *System der Philosophie*, 2ª ed., 1897, pp. 611 ss.; Ludwig Stein, *Die Soziale Frage im Lichte der Philosophie*, 2ª ed., 1903, principalmente pp. 421 ss. Desde el punto de vista católico, Cathrein, en *Staatslexikon*, editado en *Auftrag des Gorres Gessellschaft*, "Staats", 1897, pp. 216 ss. Para conocer la relación actual de la filosofía alemana con la doctrina del Estado, debe verse la obra, rica en bibliografía, de Uberweg-Heinze, *Grundriss der Geschichte der Philosophie des 19 Jahrhunderts*, 9ª ed. Pero en esta obra, si bien se dan algunas noticias utilizables sobre filosofía del derecho, no se dice nada sobre la doctrina del Estado.

[19] Las obras más importantes son: Dahlmann, *Die Politik*, 1ª ed., 1847; G. Waitz, *Grundsüge der Politik*, 1862; H. de Treitschke, *Politik*, lecciones publicadas por Cornicelius, I, II, 1897-1898.

práctico.[20] Nos queda, sí, por señalar aquellas obras sobre política de las que son autores, escritores que se ocupan de la ciencia del Estado. En ellas se encuentran hoy investigaciones acerca de la doctrina social del Estado e investigaciones sobre la doctrina jurídica del mismo.[21]

3) Teorías sociológicas.[22] A partir de los esfuerzos de Augusto Comte, que continúa las indicaciones de Saint-Simon, en vez de tratarse el problema de la vida humana en común, de un modo especulativo, principian a estudiarse los fenómenos de la vida social desde un punto de vista empírico suministrado por la sociología, y en vez de la antigua filosofía de la historia surgen infinidad de ensayos, cuyo objetivo común es insertar la doctrina del Estado dentro de esta ciencia social, considerándola como una parte de la misma. Pero a causa de las insuficiencias de la ciencia moderna, se echa de menos un método común y general que sustituya al arbitrio subjetivo. Hasta ahora, no se han alcanzado resultados definitivos; más bien, por el contrario, sucede lo que acontecía en la antigua filosofía de la historia, que no recataba su carácter metafísico; esto es, que se presentan a menudo conflictos originados por la oposición entre

[20] C. Frantz, *op. cit.;* Roscher, *Politik, Geschichtliche Naturlehre der Monarchie Aristokratie und Demokratie,* 1892.

[21] Escher, *Handbuch der prakt. Politik,* I, II, 1863-1864; Fröbel, *Theorie der Politik,* I, II, 1864; véase Holtzendorff, *Politik* (hay traducción española de los señores Buylla y Posadas); Schollenberger, *Politik* en *Syst. Darstellung,* 1903. Señalaremos las principales obras francesas e inglesas; mas es de advertir que en estos países se suele considerar la ciencia del Estado como una unidad, sin diferenciar la parte teórica de la práctica: Laboulaye, *L'État et ses limites,* 1863; Buchez, *Traité de Politique* I, II, 1896; De Parieu, *Principes de la sciencie politique,* 1875; P. Leroy-Beaulieu, *L'État et ses fonctions,* 1891; Ed. Freemann, *Comparative Politics,* 1873; Sidgwicks, *The Elements of Politics,* 1891; Seeley, *Introduction to Political Science,* Londres, 1886; Westel W. Willoughby, *An examination of the Nature of the State,* Nueva York, 1886. Una crítica penetrante de las modernas doctrinas del Estado desde el punto de vista socialista, puede hallarse en el libro de Menger, *Neue Staatslehre,* 1903 (existe traducción española publicada por la casa Henrich, de Barcelona).

[22] Las obras fundamentales para estudiar esta dirección, son: A. Comte, *Cours de philosophie positive,* I-IV, 5ª ed., 1893-1894; *Système de politique positive, ou traité de sociologie instituant la religion de l'humanité,* I-IV, 1851-1854; Spencer, *A System of Syntetic Philosophy,* VI-VIII; *Principles of Sociology,* especialmente el vol. VII, 2ª ed., 1885; Fouillée, *La science sociale contemporaine,* 2ª ed., 1885; Ratzenhofer, *Wezen u. Zweck der Politik als Teil der Soziologie u. Grundlage der Staatswissenschaften,* I-III, 1893; G. de Greef, *Les lois sociologiques,* 1893 (existe traducción española publicada por la casa Henrich); Schäffle, *Bau und Leben der Sozialen Körpers,* 2ª ed., I, II, 1896, especialmente II, pp. 527 ss.; F. U. Giddings, *The Principles of Sociology,* 1896 (traducción española en La España Moderna). Sobre el conjunto de la literatura sociológica, muy rica ya, véase la obra citada de Barth, y para Francia, Italia e Inglaterra, Ueberweg-Heinze, *op. cit.,* §§ 43, 47, 54, 68; Ludwig Stein, *op. cit.,* pp. 13 ss. Sobre la literatura contemporánea, Durkheim, *L'année sociologique,* 1896. Entre las obras más fundamentales y profundas, deben ser citadas la de Simmel, *Über die Soziale Differenzierung,* 1890, a más de las ya mencionadas de este autor; *Einleitung in die Moralwissenschaft,* 2 vols., 1892-1893; *Superiority and Subordination as subject matter of Sociology,* publicado en *American Journal of Sociology,* II, Chicago, 1896, pp. 167 ss. *Parerga zur Sozial Philosophie, Das Problem der Sociologie,* en *Schmollers Jahrb.,* 1894, pp. 257 ss. y 1301. Sobre la relación de la sociología con la historia, véase Bernheim, *op. cit.,* pp. 85-86.

concepciones y principios contrarios.[23] En todos los trabajos de este género, la individualidad del autor se muestra necesariamente de un modo potente. La cultura y educación de aquél, su manera de concebir el mundo, la nobleza o trivialidad de su espíritu, la fortaleza o debilidad de su carácter, son factores todos ellos de importancia suma para el resultado de las investigaciones sociológicas, a tal punto, que antes de preguntarse qué es lo que enseña, debiéramos preguntar quién es el que enseña.[24]

Las investigaciones sobre historia económica y economía política relativa a nuestro objeto nos ofrecen resultados que tienen siempre el peligro de ser demasiado unilaterales, por cuanto consideran al Estado exclusivamente como producto de las fuerzas económicas.

Son innumerables los trabajos relativos a problemas estrechamente relacionados con el nuestro, en que se tocan cuestiones que afectan a la doctrina del Estado. El nexo de ésta con las restantes disciplinas de las ciencias del Estado depende a tal punto de la naturaleza misma de las cosas, como hemos visto extensamente en el capítulo que precede, que parece inútil tratar de insistir en ello. En cambio, deben ser objeto de investigación las relaciones que mantienen las ciencias apuntadas con otras disciplinas. Por diferentes que sean los caminos que conducen a la solución de los problemas de la doctrina del Estado, se hace preciso, para los fines sistemáticos de la investigación, separar radicalmente lo que corresponde a la doctrina del Estado mismo y lo que compete a sus relaciones con otros órdenes del saber. Éste será el objeto del capítulo que sigue.

[23] No deja de ser frecuente en esta disciplina, hoy tan de moda en la vida intelectual, el encontrar junto a investigadores serios otros pseudocientíficos que traten de llamar la atención.

[24] Puede verse una exposición sagaz sobre la insuficiencia del método sociológico, en el libro citado de Deslandres, pp. 52 ss. En la p. 69 dice muy justamente: *"Sur tous les points, entre les sociologues, nous ne voyons qu'oppositions, batailles, explications contradictoires; il y a presqu'autant de sociologies qu'il y a de sociologues"*.

IV. RELACIONES DE LA DOCTRINA DEL ESTADO CON LA TOTALIDAD DE LAS CIENCIAS

1. Estudio general y particular

Antes de comenzar con explicaciones relativas a la naturaleza del Estado, es necesario precisar el problema e investigar hasta qué punto o en qué medida es el Estado objeto de las ciencias del mismo y hasta dónde corresponde su estudio a otras disciplinas.

El Estado está fijado geográficamente en una parte determinada de la superficie de la tierra y lleva consigo la existencia de un poder dominante, poder por el cual la variedad de los hombres se eleva a unidad. Esta descripción provisional del Estado es para nosotros el punto de partida para explicaciones posteriores.

Por sus elementos, el Estado se encuentra en relación con la totalidad de cuanto es o existe. Tiene el Estado un aspecto naturalista y un aspecto psicológico-social. Por esto, en todas las ciencias hay una razón para ocuparse del Estado. Las dos grandes divisiones del saber humano, las ciencias naturales y las morales y políticas *(Geisteswissenschaften)*, cuentan al Estado como uno de sus objetos de estudio.

La investigación puede tener una doble exigencia cuando se trate del conocimiento de un objeto; en efecto, u ofrece una explicación general, universal, de lo dado, o una explicación particular, individual. Una explicación suficiente, completa, de un objeto particular, sólo se puede obtener cuando se logre establecer la conexión de este objeto particular con la totalidad del mundo del que forma parte como de un todo. Pero una explicación de esta naturaleza es y será siempre un ideal, al cual no podremos aproximarnos, pues la infinitud de las causas que influyen en un fenómeno particular, como cuanto es infinito, no puede ser reducido, en el mundo de la ciencia, mediante el conocimiento de los casos particulares; de donde resulta que el método cuya característica consiste en proceder aisladamente y tomar como puntos a investigar aspectos determinados y concretos del objeto, es, como hubimos de decir en otro lugar, el método que ofrece en todos los órdenes de la ciencia, resultados exactos.

Este procedimiento de hacer consideraciones aislando al objeto, y de éste, algunos de sus aspectos, es necesariamente incompleto, porque precisamente para lograr su fin necesita olvidar una serie de fenómenos que ofrece el objeto mismo. Pero estos fenómenos, a su vez, han de ser materia

de investigaciones particulares. La división del trabajo es en la ciencia un principio de importancia suma para el bien mismo de la obra.

Así como en el orden económico la división del trabajo está justificada si de ella se sigue la reunión de los productos así obtenidos, del propio modo es necesaria para toda ciencia la coordinación entre los aspectos particulares de su objeto; no sólo porque cada ciencia ofrece exclusivamente una parte del conocimiento que aparece como un momento en la unidad del mismo, sino además porque la visión de conjunto evita, mediante sus correcciones, los resultados unilaterales de la variedad de las disciplinas. Además, este método hace fácil, para aquel que se consagra a estas investigaciones, evitar el escollo de considerar su manera de ver y los resultados obtenidos como los únicos definitivos y provistos de valor.

Todas las ciencias que se ocupan de la vida social humana han menester de explicaciones que las completen. Las ciencias naturales forman como una serie ascendente de planos, el último de los cuales, el más elevado, necesita del primero, del más bajo, pero no éste de aquél. Se puede estudiar matemáticas sin conocer mecánica, mecánica sin conocer química, química sin haber estudiado biología; pero no es igualmente verdad lo inverso. Todos los aspectos de la vida social humana están en relación los unos con los otros, y no hay ciencia alguna dentro de las mismas que pueda desentenderse enteramente de los resultados de las restantes. Y así como la vida espiritual del individuo y las condiciones exteriores de su existencia son supuestos de la vida en común, de igual suerte y por esta razón todos los órdenes del saber han de mantener relaciones con aquella clase de ciencias que se proponen como objeto la investigación de los fenómenos más complejos, a saber, los que corresponden a las ciencias sociales en su más amplio sentido.

Necesita también la doctrina del Estado tomar en consideración los resultados de las otras ciencias y fijar con justeza la relación que mantiene con ellas. Sobre esto debe hacerse una doble observación. De una parte, la sustantividad de la ciencia del Estado. En efecto, ésta ni es ciencia natural, ni psicología, ni ética, ni economía. Todos los ensayos que se han hecho para incluir la ciencia del Estado en otra descansan en una idea imprecisa acerca del mismo y han de ser enérgicamente rechazados; porque si bien el Estado tiene un aspecto naturalista, psíquico, ético y económico, no es en modo alguno objeto de ninguna de estas disciplinas. Lo específico en él, lo que lo diferencia de todos los otros fenómenos, son las múltiples relaciones del poder público, que no pueden ser aclaradas, explicadas, en lo que tienen de peculiar, por medio de otras ciencias. El fundamento, los supuestos, el fin, los efectos de estas relaciones del poder público, cuyo conocimiento sólo puede suministrárnoslo una visión completa del Estado, lo que nos enseña que es éste en lo esen-

cial de su naturaleza, es problema que corresponde a esta manera de conocer el Estado. Desde el punto de vista de las demás ciencias, pueden en verdad ser objeto de crítica o explicación los resultados de la doctrina del Estado, pero lo que no pueden hacer es tomar la posición que corresponde a la ciencia del Estado. Así, por ejemplo, el etnógrafo, el psicólogo, el sociólogo, nos dan nuevas y ricas explicaciones sobre los orígenes y significación de la monarquía; pero el concepto monarquía sólo puede fijarse mediante la consideración aislada de esta forma del Estado y la determinación del pensamiento jurídico que implica.

Como correlación de la sustantividad de la ciencia del Estado, o mejor, como un corolario de la misma (tanto en un sentido amplio, en que se incluye la ciencia del derecho, como en un sentido estricto), hay que afirmar la sustantividad de sus métodos. Los métodos son determinados y modificados por la naturaleza peculiar del objeto a que se aplican. Por esto es motivo de confusión creer que los métodos de una disciplina pueden aplicarse sin modificación a otra. Cuando se hacen equivalentes, es decir, cuando se confunde lo empírico con lo que es propio de las ciencias naturales, se habla de un conocimiento naturalista de los fenómenos sociales. El defecto de tales ensayos lo hemos mostrado ya, así como que es falso hablar, por ejemplo, de un método biológico o sociológico para el derecho político. Inténtese, por ejemplo, explicar sociológicamente la naturaleza de lo contencioso-administrativo en un Estado determinado. Sin duda alguna pueden hacerse infinidad de consideraciones de esta naturaleza sobre los supuestos y efectos sociales de estas instituciones; pero la técnica de su funcionamiento, que es precisamente en donde tiene lugar una explicación de derecho público, esto sólo puede comprenderse mediante el método jurídico. Pero es igualmente falso, de otra parte, hablar como si sólo existiese para la ciencia del Estado el método jurídico, siendo así que con éste se explica un aspecto del Estado, pero no la totalidad del mismo. El jurista con su método explica y comprende la parte del Estado que cae dentro del derecho, pero no más.

En las observaciones que siguen debemos ocuparnos solamente de las relaciones que mantienen las ciencias del Estado con las demás disciplinas científicas y de la significación que los resultados de estas disciplinas ofrecen para llegar a obtener un conocimiento total del Estado. Por provisionales que puedan ser las páginas que siguen, son, no obstante, necesarias para traer a la conciencia la totalidad de los puntos de vista desde los cuales puede considerarse el Estado y para comprender qué ilimitada serie de causas es la que determina los fenómenos concretos del mismo. Este conocimiento insuficiente y lleno de lagunas puede preservarnos de la unilateralidad, puesto que la limitación en el conocimiento debe conducirnos a una igual limitación y reserva en el juicio. Partimos

de la división fundamental, corriente hoy, de ciencias naturales y ciencias morales y políticas *(Geisteswissenschaften)*, clasificación cuyos puntos débiles no dejarán de ponerse en claro, pues todos los fenómenos del Estado son al mismo tiempo naturales y morales, y por consiguiente es preciso reconocerles carácter doble.

2. Relaciones de las doctrinas del Estado con las ciencias naturales[1]

El Estado, como todos los fenómenos de la vida humana, tiene un fundamento natural. Dos de sus elementos esenciales pertenecen a la naturaleza exterior: el territorio y el número y la personalidad física de su pueblo.

1) Es esencial al Estado un territorio; es decir, le es esencial un espacio geográfico limitado, donde él exclusivamente ejercite el poder, a lo que se ha de unir en los Estados marítimos una estrecha zona de costa y algunas otras partes de mar sin importancia. El territorio, como un elemento del Estado, es un factor determinante en el proceso de la vida del mismo. Mas la fijación de las condiciones naturales y efectos del territorio no es cosa que compete a la doctrina del Estado ni a la política, sino a la geografía física y a la política, las cuales, por esto, tienen una relación íntima con las ciencias del Estado.[2]

Cuando se considera el territorio en su aspecto físico, se entiende el conjunto de condiciones naturales del Estado, abstracción hecha del aspecto físico de sus habitantes. Por consiguiente, las propiedades del suelo, su fertilidad, riqueza y productos naturales, magnitud, forma y límites del territorio, situación respecto al mar, la existencia de ríos, clima, etc., todas

[1] La literatura referente a las relaciones del Estado con las ciencias naturales crece de día en día. Muchas veces se trata en estas obras de una exposición de los fenómenos del Estado hecha conforme a las leyes naturales, sin haberse planteado previamente la cuestión metodológica de saber hasta qué punto es accesible un conocimiento de este género tratándose de fenómenos del Estado. La mayor parte de esta literatura descansa en imperfectas hipótesis biológicas y en construcciones arbitrarias de la totalidad de las relaciones sociales. En lo que respecta a estas doctrinas, valga lo dicho al tratar antes de la sociología. ¡Cuánto más cautas son las doctrinas de Spencer, nacidas de una visión total del mundo, que esas otras frívolas y ligeras que pretenden hoy explicar la evolución de la vida social de un modo naturalista! Para conocer esta dirección, puede servir la colección de monografías *Natur und Staat*, editada por Ziegler, Conrad y Häckel, 1903, 1904, la cual presentó el siguiente tema de concurso: ¿Qué enseñanza pueden ofrecernos, para el estudio de la evolución interna de la política y de la legislación de los Estados, los principios de la teoría de la descendencia? La respuesta adecuada a tal pregunta habría sido una crítica de su admisibilidad.

[2] Esta última no sólo estudia hechos externos, sino fenómenos de psicología social, y nos muestra, como la etnología, cuán imposible es admitir una separación radical entre las ciencias naturales y las morales y políticas.

estas propiedades, directa o indirectamente, ejercen un influjo en los hombres en sociedad, así como en la organización del Estado y en el contenido y límite de su actividad. Que la magnitud del territorio de un Estado, por ejemplo, puede ejercer un influjo en la organización del mismo, no necesita de explicación más amplia. La ciudad Estado y el Estado de amplio territorio dividido en circunscripciones han llegado a ser dos tipos fundamentales de organización política. La ciudad Estado de las edades Antigua y Media y los pequeños cantones suizos son formas que se adaptan perfectamente al régimen republicano, en tanto que un territorio extenso es favorable a la monarquía, no habiéndose constituido grandes repúblicas democráticas hasta una época reciente. La centralización y descentralización de los gobiernos y de la administración dependen de la extensión del territorio del Estado, de la relación entre sus partes, de la separación o aislamiento de sus circunscripciones por medio de montañas y de la situación insular. La organización de las funciones será distinta en un Estado grande que en uno pequeño; la descentralización de la administración y hasta la separación, ha sido regla frecuente en los concejos de la montaña, hasta tanto que los medios modernos de comunicación han enlazado unas partes con otras y todas con el centro, estableciendo una estrecha unión entre ellas. De esta manera se explica que las instituciones de los Estados con límites marítimos sean completamente distintas que las de los Estados insulares. Muchas instituciones del Estado inglés son, fundamentalmente, formaciones que corresponden a las peculiaridades del derecho de un Estado insular. Si la Gran Bretaña no se hubiese encontrado durante siglos amenazada de invasiones extranjeras, su ejército, y con él la totalidad de su gobierno, tendrían un carácter muy diferente.

Las condiciones naturales de la economía interna de un Estado determinan de un modo permanente el nivel de cultura que un pueblo puede alcanzar y, por consiguiente, la capacidad de su progreso. Estas condiciones naturales determinan también, de manera constante, la política interna y externa del Estado.

Estos hechos han sido estimados y comprendidos por los más preclaros teorizadores que en todos los tiempos han cultivado las ciencias del Estado. En Platón y Aristóteles, así como en Maquiavelo, Bodin, Montesquieu y Hume, encuéntranse observaciones sagaces sobre el influjo de la naturaleza externa en la modalidad y suerte del Estado. El siglo XIX ha puesto atención suma en estudiar los elementos naturales del Estado, al calor de la revolución científica que han experimentado los estudios naturalistas. De un modo popular y, por lo mismo, de mayor influjo, T. Buckle ha estudiado y aun exagerado el que la naturaleza ejerce en la formación y vida del Estado. Posteriormente, siguiendo las huellas de

K. Ritter, han pretendido geógrafos y antropólogos poner los cimientos para una disciplina particular, cuyo objeto habría de consistir en investigar la importancia que ejerce la configuración de la tierra en la suerte de los pueblos.[3] Pero los resultados de estas investigaciones, hasta ahora, cuando se trata ya de generalizar, son pobres, triviales, por lo cual los ensayos más recientes se limitan a determinar la serie de causas concretas, y rara vez llegan a proposiciones de índole general, con lo que han conseguido ampliar de manera notable nuestro saber sobre un pequeño número de temas.[4]

En la serie de elementos que individualizan la vida del Estado y que, por consiguiente, determinan su destino, corresponde a las relaciones geográficas sólo una parte de influjo, bien escaso en verdad; de suerte que desde el punto de vista geográfico no podrá explicarse jamás, honda y suficientemente, la suerte que está reservada a los Estados en general o a un Estado en particular.

La segunda de las condiciones naturales de los Estados, a saber, el carácter natural, no podría tampoco comprenderse si hubiera de explicarse por el influjo que los factores externos del territorio del Estado ejercen sobre los hombres que en él habitan. De aquí el gran fenómeno histórico de que el mismo suelo haya servido de basamento físico a pueblos y Estados tan diferentes. Piénsese nomás en las formaciones de Estados que se han sucedido en los campos de Italia. De otra parte, el territorio no es el único factor condicionante, sino que el hombre, a su vez, forma un medio en torno suyo; no sólo sufre el influjo del suelo natal, sino que transforma éste. Basta a veces un corto espacio de tiempo para transformar una gran extensión de la tierra. Los Países Bajos han arrancado al océano una parte de su territorio; la tierra de los Estados Unidos ha sufrido, a partir de las primeras emigraciones de los puritanos, una revolución tan poderosa como no habrían podido producir las fuerzas naturales en miles de años. La técnica moderna ha aproximado las partes lejanas de un mismo Estado y ha suprimido de un modo inconcebible, distancias de espacio y tiempo. Ha horadado montañas, desecado ríos, brazos de mar y lagos, cambiando el curso de las aguas. Por voluntad de los hombres han emigrado especies vegetales y animales, y de esta suerte se han modificado las condiciones naturales de la economía del territorio.[5] Las grandes aglomeraciones de habitantes, singularmente las ciudades,

[3] Véase Ratzel, *Anthropogeographie*, I, II, 1882-1891. Observaciones críticas sobre la literatura relativa a este problema pueden verse en el mismo autor, vol. I, pp. 18 ss., y Achelis, *Moderne Völkerkunder*, 1896, pp. 70 ss.; Ratzel, *Politische geographie*, 1897.

[4] Un esquema general de los efectos que la naturaleza ejerce en los hombres se hallará en Ratzel, *Anthropogeographie*, I, pp. 50 ss.; 2ª ed., 1899, pp. 41 ss.

[5] Véase Von Treitschke, *Politik*, I, pp. 207 ss.; Flehn, *Kultur Pflanzen und Haustiere*, 6ª ed., 1894, pp. 1 ss.

transforman el terreno, y del mismo clima adviene otro mediante la tala de los bosques.

El territorio es, al par que el elemento muerto, el elemento imperecedero del Estado; sobrevive, a menos que se sumerja en el mar, a todo Estado que sobre él se forme, y siempre puede servir de fundamento a uno nuevo. La población puede ser reabsorbida mediante la conquista o la anexión y llegar a formar parte de otro Estado encontrándose con que subsiste a la desaparición del Estado de que constituía una parte. En la historia encontramos igualmente ejemplos de exterminación de un pueblo. Éste puede también desaparecer mediante la emigración y el cruce con razas victoriosas. Tales cambios, cualesquiera que sean las modificaciones que experimente el territorio a causa de la naturaleza y de la cultura, no son posibles en este último: siempre pervive.

2) El segundo fundamento naturalista del Estado es la estructura física de sus habitantes, tanto de la conformación corporal de todos los hombres, como de la que es privativa de una parte del género humano a causa de notas físicas permanentes, esto es, de la que es peculiar a ciertas razas y tribus. La antropología física y la etnología son las ciencias peculiares que se ocupan de este aspecto de la naturaleza humana. La vida y el destino de los Estados se determinan por la situación natural en que se encuentran sus miembros.[6] Hay razas que no son capaces de elevarse sobre un grado rudimentario de vida estatista y, por tanto, de llegar a crear y conservar un régimen de Estado ampliamente desenvuelto. El hecho de que tales razas hayan de permanecer en el plano de un pueblo salvaje *(Naturvolkes)* o de vivir sometidas jurídicamente a otros pueblos, prueba que las disposiciones para vivir en el Estado (no en la forma, claro es, de un impulso estatista orgánico y misterioso), dependen de la estructura natural de un pueblo, y allí donde originariamente ya no existiesen estas disposiciones, de la adaptación y el hábito adquiridos por influjos seculares.

La estructura peculiar de cada Estado obedece en muchos puntos a las propiedades de la raza y de la tribu. La libertad o servidumbre de los ciudadanos, la fortaleza o debilidad del poder público, la capacidad de expansión de los Estados por medio de la guerra y de la colonización, están fundados, según muestran las actuales investigaciones, en no pequeña parte, sobre el carácter de los pueblos. Las diferencias profundas que separan a los Estados germanos, románicos, eslavos, orientales, no son susceptibles de explicación exclusivamente por la desemejanza de relaciones sociales, que a menudo son análogas, sino que es preciso, para

[6] Una cuestión surge aquí, que consiste en determinar hasta qué punto los caracteres físicos y las disposiciones son resultados de causas históricas que han venido actuando desde tiempo inmemorial.

alcanzar esta explicación, llegar a conocer las diferencias étnicas de los diferentes Estados del mundo.[7]

Pero estas distinciones físicas, de tanta importancia para el Estado, tienen siempre un influjo en lo psicológico, nunca les falta un aspecto intelectual, cuya investigación no corresponde a las ciencias naturales; por esto la consideración de las relaciones somáticas, antropológicas y etnológicas, representan para nosotros una transición a las observaciones que siguen.

3. Relaciones de las doctrinas del Estado con las restantes ciencias del espíritu

a) Relaciones de las doctrinas del Estado con la psicología y la antropología

Forman los hechos de la vida del Estado, no sólo las acciones humanas, sino los efectos de estas mismas acciones. Toda acción es actividad psíquica; por eso la psicología, que es la doctrina de los actos y estados psíquicos, constituye un supuesto para todas las ciencias del Estado y, por tanto, para la doctrina del mismo. La significación que este orden de consideraciones psicológicas tiene para el conocimiento del Estado muéstrase desde dos direcciones distintas. De un lado, nos enseña que si bien el Estado y la exteriorización del mismo se reflejan necesariamente en el mundo físico, él, esencialmente, es un fenómeno interno de la vida humana. Así, mediante ella, nos es lícito comprender hechos fundamentales del Estado, y singularmente del derecho político. Es imposible, por ejemplo, comprender la naturaleza de una relación de poder, la naturaleza del *imperium,* como no sea mediante un claro análisis psicológico.

Como hicimos notar antes, a las diferencias somáticas de las razas y

[7] Las investigaciones sobre esta dirección del pensamiento científico pueden hallarse en la literatura moderna, primeramente en Gobineau, *Essai sur l'inégalité des races humaines,* I-IV, 2ª ed., 1884; en Letourneau, *La Sociologie d'après l'ethnographie,* 1880, I, IV, caps. VI, VIII; Peschel, *Völkerkunde,* 3ª ed., 1880, pp. 247 ss.; Ratzel, *Völkerkunde,* 2ª ed., 1894, pp. 121 ss.; Vierkandt, *Naturvölker u. Kulturvölker,* 1896, pp. 310 ss.; Schmoller, *Grundriss d. allg. Volkswirtschaftslehre,* 4-6, edic. 1901, pp. 139 ss. (con noticias abundantes sobre literatura); Woltmann, *Politische Anthropologie,* 1903. J. Hertz, en su obra *Moderne Rassentheorien,* 1904, hace una exposición crítica de conjunto de estas doctrinas; también es muy discreta la de Lindner en su obra ya citada, pp. 93 ss. Si bien teóricamente es una exigencia de la ciencia la distinción entre causas somáticas e históricas en la vida de los pueblos, los resultados que hasta ahora se han alcanzado mediante esta distinción carecen de importancia. Ni una sola vez se ha llegado a obtener un acuerdo sobre la cuestión de la variabilidad de los caracteres de una raza y, por consiguiente, sobre el influjo de los factores histórico-sociales en la formación y transformación de las razas. De aquí que las distintas hipótesis antropológicas y etnológicas sirvan a cada cual para tratar de encubrir con un manto caprichoso, de apariencias científicas, veleidades políticas y sociales.

tribus humanas corresponden diferencias de aptitud espiritual y moral. El estudio de la relación de éstas con aquellas diferencias físicas es el problema de la antropología psíquica y social y de la etnografía, así como de otras varias disciplinas aún no precisadas en lo que les es propio, disciplinas que tratan de coordinar las ciencias antes nombradas, como acontece con la psicología de los pueblos y con la etnología. También la ciencia del lenguaje aspira a colaborar en esta obra en no pequeña medida. La totalidad de estas disciplinas concuerdan, en su fundamento, con las demás ciencias que se ocupan del hombre como representante de una especie, esto es, con las ciencias sociales; pero se diferencian de éstas, en que investigan principalmente los efectos que las relaciones naturales producen en las formaciones psicológicas, en tanto que las ciencias sociales consideran su objeto como producto de las fuerzas mismas sociales, esto es, de las fuerzas espirituales, pero no de las naturales. Apenas si es posible, en general, una completa separación, pues en las obras mismas de antropología hallamos aclaraciones que corresponden a la historia del derecho, del Estado, de la religión y de la economía.

Son de gran valor las investigaciones antropológicas, etnográficas y lingüísticas, en cuanto se proponen estudiar los comienzos de la cultura, y por tanto, como uno de sus aspectos, la historia de los orígenes y evolución de las primitivas formaciones de los Estados. Ellas nos informan sobre el modo de ser y los efectos del sentimiento común originario, y su actuación, sentimiento sobre el cual se edifican posteriormente estados de conciencia más desenvueltos, con los que el caudillo establece obligaciones en todos los órdenes de relaciones sociales.

Cuando se abandona en este género de cuestiones el campo de los hechos para aventurarse en el de las hipótesis y construcciones, se cae en la arbitrariedad, y en vano se tratará de dar solidez a los resultados. Nos hallamos actualmente ante tentativas de las cuales podemos esperar alguna vez resultados fructuosos. No habremos de ocuparnos de detallar la doctrina de la vida rudimentaria del Estado en los pueblos cazadores y pastores ni de la de los pueblos salvajes pertenecientes al más ínfimo grado, pues es cosa que abandona la doctrina del Estado a la etnología. Para aquélla sólo tienen importancia, en este orden de cuestiones, los resultados definitivos.

b) Relaciones de la doctrina del Estado con las ciencias sociales

El problema

Para llegar a tener un completo conocimiento del Estado, es de importancia suma conocer las relaciones que mantienen los fenómenos del

Estado con las ciencias sociales. El Estado se encuentra íntimamente enlazado con todos los fenómenos sociales.

Ante todo, hemos de hacer notar que el Estado es una institución *exclusivamente humana*, y que toda aplicación del concepto de Estado a la vida social de los animales es una falsa imagen que arranca de una confusión entre lo que son consecuencias de las modalidades instintivas, o sea, una organización física, y los resultados de las fuerzas éticas, o sea, la exteriorización de las fuerzas psicológicas. Además, las observaciones modernas de los naturalistas acerca de la pretendida analogía, de que se ha querido sacar partido para las ciencias del Estado, sobre la organización estatista de hormigas y abejas, muestra que la naturaleza esencial de estas organizaciones pugna con los fenómenos políticos, pues no se encuentran sometidos a cambio alguno y son, en verdad, más bien unidades anárquicas, en cuanto les falta una voluntad consciente directora. Se tiene derecho, por tanto (aun refiriéndose a animales superiores), a hablar de sociedades animales: existen relaciones sociales infrahumanas, pero lo que no puede existir es un Estado infrahumano.[8]

Por sus elementos humanos, el Estado es un fenómeno social, colectivo, y supone, por tanto, una variedad de hombres, entre los cuales existen las diferencias naturales propias de los mismos. El Estado está edificado precisamente sobre estas diferencias naturales entre el hombre y la mujer, el adulto y el niño; es una institución que no dura lo que una generación, sino que, por el contrario, es permanente. Una colonia de deportados abandonados en una isla a su suerte constituiría una unión, pero en modo alguno un Estado. El número de hombres necesario para constituir uno de éstos es infinito, desde unos cuantos miles hasta cientos y cientos de millones. A partir de Aristóteles se ha venido afirmando en la doctrina del Estado que cuando se trata de un Estado que corresponde a un cierto grado de cultura, ha de superar éste a la familia, es decir, ha de comprenderla; con lo cual se viene a afirmar que la familia es un *prius* temporal.[9]

[8] Véase Wundt, *Vorlesungen über Menschen-und Tierseele*, 3ª ed., p. 471; Espinas, *Des Sociétés animales*, 2ª ed., pp. 527 ss.; H. E. Ziegler, *Die Naturwissenschaft und die sozialdemokratische Theorie*, 1893, pp. 182 ss.; Bethe, *Dürfen wir den Ameisen und Bienen psychischen Cualitaten zuschreiben;* Pflügers, *Archiv für die gesamme Physiologie*, vol. 70, pp. 15 ss. 1898; en contra de Bethe véase Wassmann, *Die Psychischen Fähigkeiten des Ameisen*, 1899. Respecto a la literatura moderna, véase el libro de Girod-Marshall, *Tierstaaten*, 1901, pp. 85-86, 136 ss.

[9] Sin duda, no siempre, Haller ha defendido la teoría teológico-especulativa que considera a Adán como el primer soberano; Dahlmann, p. 3, estima que la familia primitiva es el Estado primitivo y que cada familia independiente es un Estado. Del mismo modo piensa B. Schmidt, p. 57. Considerando el Estado desde el punto de vista de su naturaleza dinámica, puede admitirse que existe un Estado en la familia tal como se encuentra en las relaciones primitivas de los pueblos salvajes contemporáneos. Así, por ejemplo, describe Ratzel en la *Politische Geographie*, p. 71, núm. 12, familias de melanesios y micronesios como unidades políticas. Sobre esto funda Rehm, *Staatslehre*, p. 38, la existencia del Estado-familia. Mas, tra-

Las nuevas hipótesis acerca de la historia primitiva conceden a la horda el primer lugar en la evolución de las organizaciones humanas. Esta teoría, como la anterior, reconoce que el Estado no se ha establecido por una sola generación.

No sólo la situación natural de los pueblos, sino también el número de sus habitantes y la manera de ser de ellos, contribuyen a determinar el proceso de la vida del Estado; la mayor o menor densidad de población, la repartición según la edad y sexo, la duración de la vida, la mortalidad, son hechos que influyen en la suerte del Estado. Es verdad que se trata de hechos biológicos, pero no obstante esto, trascienden a la vida de la cultura de un pueblo. La ciencia que se ocupa de tales hechos, la demografía, pertenece, por tanto, aunque se apoye en la antropología y la biología, a las ciencias sociales. Otro tanto acontece con la estadística social, que es una ciencia auxiliar de las ciencias sociales, y por tanto de la doctrina del Estado.

Pero si éste es un fenómeno social, necesita ser objeto de investigación la relación en que se encuentra el Estado con la sociedad, para alcanzar de este modo una noción completa de aquél. Habremos de comenzar, pues, por fijar en qué consiste la naturaleza de la sociedad.

El concepto de sociedad[10]

Como todo concepto que tiene su lugar, no sólo en la ciencia, sino en la vida cotidiana, ofrece el de sociedad múltiples significaciones. Se aplica para expresar tanto la reunión pasajera y contingente de varias personas, cuanto el Estado, así como se le aplica a la comunidad total de los hombres. Tan frecuente es oponer Estado y sociedad, como corriente identificarlos. Hasta la época moderna fue usado el término *sociedad* en el sentido de un concepto amplio que llevaba en sí otro más concreto que le estaba subordinado: el de Estado. Históricamente, el fundamento de

tar de establecer una unidad entre el Estado-cultural y las otras uniones primitivas es llevar demasiado lejos la inducción. Para alcanzar una noción jurídica del Estado, es singularmente esta comparación demasiado amplia y sin valor. Rehm mismo no concedería personalidad internacional a una familia melanésica, lo cual, no obstante, es a sus ojos el rasgo distintivo del Estado.

[10] Una explicación completa sobre la totalidad de las significaciones que lleva consigo la palabra *sociedad* puede verse en Ihering, *Der Zweck im Recht*, 2ª ed., vol. I, pp. 86-87 y 30-31; G. Rumelin, *Über dem Begriff der Gesellschaft, und einer Gesellschaftlehre. Rede und Aufsatze*, III, 1894, pp. 248-249; Tonnies, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, 1887, pp. 4 ss.; Wundt, *Logik*, II, pp. 589-590; Stammler, *op. cit.*, pp. 83 ss.; Simmel, *Schnuollers Fahrbuch*, XX, 1896, pp. 575-576; Kistiakowski, *Gesellschaft und Einzelwesen*, 1899, pp. 81 ss.; Gothein, *Sesellschaft und Gesellschaftswissenschaft*, en el H. U. B. *Der Staatswissenschaften*, 2ª ed., IV, pp. 201 ss.; O. Spann, *Untersuchungen über den Gesellschaftsbegriff, Tübinger Zeitschrift f. d. g. Staatsw.*, XLIX, pp. 574-575.

esto procede de que Aristóteles fue el primero que consideró el Estado como una especie de κοινωνὶα y de que Cicerón después describió el concepto de *societas* como aquel en que entra toda suerte de relaciones humanas.

Posteriormente fue la doctrina del derecho natural la que hubo de operar con el concepto sociedad, y cayendo en el influjo del pensamiento aristotélico une el Estado con la *societas civiles*, considerándolos una misma cosa. Y sólo llega a admitir junto a la *societas civilis* otra del mismo género: la *societas domestica*. Pero en la doctrina del derecho natural puede, no obstante, llegarse a apreciar una distinción, siquiera sea tenue, entre el concepto Estado y sociedad civil. A partir de Hobbes singularmente, es concebido el Estado por la teoría del derecho natural como persona en la que la sociedad alcanza su plenitud; pero a la sociedad se le considera como preexistente. Desde Pufendorf es usual en la escuela del derecho natural hacer descansar el Estado en una serie de contratos, con lo cual no se le considera como inmediatamente existente, sino como fenómeno que es producto de este conjunto de contratos. El primero en la serie de éstos es el pacto o contrato de unión, mediante el cual solamente puede nacer una sociedad, si bien desprovista de constitución y poder director.

En la segunda mitad del siglo XVIII fue aún más desenvuelta esta teoría que consideraba a la sociedad como preexistente al Estado. Representa esta doctrina, primeramente, el escocés Fergusson, según el cual, el Estado aparece en la historia cuando existían ya relaciones de comunidad humanas.[11] Schlözer ha visto de un modo mucho más claro y profundo las consecuencias lógicas de la doctrina del derecho natural; él es el primer escritor alemán que ha diferenciado sociedad y Estado. Describe este autor la sociedad civil —para la cual propuso en alguna ocasión el nombre de comunidad *(Gemeinde)*— como una unión previa al Estado, temporalmente, y que vive sin *imperium*. Esta unión es para muchas razas la forma más alta de la existencia social, y la confederación de los 13 cantones suizos es, para este autor, el ejemplo de una *societas sine imperio*, inserta en medio de la Europa civilizada. Sociedad es, por tanto, para Schlözer, una gran unión anárquica humana, en el seno de la cual existen reglas jurídicas cuyo cumplimiento depende de la honorabilidad de cada uno, ya que no existen en la sociedad ni el juez ni la pena. Posteriormente, y sobre la base del derecho de la propiedad y de las distintas

[11] A. Fergusson, *An Essay on the History of Civil Society* (trad. alemana, Leipzig, 1768). Sobre esta obra, muy estimada en Alemania, véase Twesten, en *Preussische Fahrbücher*, vol. IV, 1859, p. 305; Waentig, *August Compte und seine Bedeutung für die Entwickelung der Sozialwissenschaften*, 1894, pp. 27 ss. La obra de Fergusson, sin embargo, cosa extraña, es excesivamente poco estimada en Inglaterra. Véase Leslie Stephen, *English Thought in the Eighteenth Century*, 2ª ed., 1881, vol. I, pp. 214-215.

ocupaciones económicas, surgen clases sociales y una nobleza que se levanta sobre todas ellas. En este momento es cuando se desenvuelven los conceptos de amor y paz. Y entonces, no antes, entra el Estado con su *imperium* para proteger y dirigir a la sociedad ya organizada. No aparece, pues, el Estado sobre una masa indiferenciada de individuos, sino sobre un pueblo membrudo, organizado ya a causa de una diferenciación de elementos económicos y espirituales.

En otra dirección, y con consecuencias mucho más ricas que las de Schlözer, quien por lo pronto no halla continuador, se forma un concepto de sociedad en Francia, que a su vez tiene sus raíces en la doctrina del derecho natural. Fue Rousseau quien opuso primeramente Estado a sociedad en esta escuela; sin embargo, no hay una clara distinción terminológica entre ambos en su doctrina. Esta circunstancia explica que aquellos mismos que han profundizado más en la historia de las doctrinas, no hayan comprendido completamente la significación de las explicaciones de Rousseau. Robert von Mohl, que es a quien aludimos, considera que Rousseau ha permanecido completamente extraño al sentido de lo que significa sociedad; pero R. von Mohl mismo no sospechaba que el concepto que él tenía de sociedad se encontraba en Rousseau en sus rasgos esenciales.

En el tan citado como poco leído *Discours sur l'Économie Politique*, escrito por Rousseau para la Enciclopedia, decía esto:

> Toda sociedad política está compuesta de otras sociedades más pequeñas de diferentes especies, cada una de las cuales tiene sus intereses y sus máximas; pero estas sociedades, que todos advierten porque poseen una forma exterior y autorizada, no son las únicas que realmente existen en el Estado; todos los particulares a quienes un interés común reúne, componen otras varias, permanentes o pasajeras, en las cuales la fuerza no es menos real porque sea menos aparente, y en las que las diversas relaciones bien observadas constituyen el verdadero conocimiento de las costumbres. Estas asociaciones tácitas o formales son las que modifican de tantas maneras, mediante su influjo, las expresiones de la voluntad pública.[12]

Los intereses particulares de la sociedad, dice Rousseau después, tratan de obtener validez a costa de los intereses comunes. Por esto la voluntad

[12] *"Toute société politique est composée d'autres plus petites de différentes espèces, dont chacune a ses intérêts et ses maximes; mais ces sociétés, que chacun aperçoit parce qu'elles ont une forme extérieure et autorisée, ne sont pas les seules qui existen réellement dans l'État; tous les particuliers qu'un interêt commun réunit en composent autant d'autres, permanentes ou passagères, dont la force n'est pas moins réelle pour être moins apparente, et dont les divers rapports bien observés font la véritable connaissance des mœurs. Ce sont toutes ces associations tacites ou formelles qui modifient de tant de manières les apparences de la volonté publique par l'influence de la leur."*

común corre peligro de ser engañada, cuando los intereses sociales llegan a alcanzar preeminencia.

Estas observaciones son el fundamento de uno de los más célebres pasajes del *Contrat social.* Allí es donde singularmente Rousseau opone la *"volonté général"* a la *"volonté de tous"*. La una es la voluntad del Estado; la otra, la de los intereses sociales contrapuestos. Las sociedades parciales tienen también una voluntad general con relación a sus miembros; pero esta voluntad con relación a la del Estado es una voluntad particular. En un Estado de esta naturaleza puede decirse que no son los individuos, sino los grupos sociales, los que dan la voz. El ideal de un Estado es, por consiguiente, que no surja ningún interés social particular intermedio entre el interés individual y el suyo.

Las observaciones de Rousseau parecen haber sido las que influyeron en Hegel para formar su concepción fundamental de la sociedad civil.[13] Describe Hegel ésta como una formación intermedia de familia y Estado en que cada cual tiene un fin que le es propio, pero que no puede alcanzarse sino en relación con los demás. El fin particular se eleva a la forma de generalidad y halla su cumplimiento mediante la relación con los otros, por cuanto él, al propio tiempo que satisface el bien para sí, cumple y realiza el bien de los demás. Por arbitrarias que parezcan las observaciones de Hegel, ha de reconocerse que mediante la distinción radical dialéctica que establece entre Estado y sociedad, ha influido poderosamente en la concepción de la sociedad en la ciencia del Estado en Alemania.[14] Pero recibió directamente de los socialistas franceses las inquietudes más esenciales para su construcción.

En la época revolucionaria, y a causa de la fermentación que le sigue, llega a adquirir gran significación práctica el concepto sociedad. En la prensa diaria, así como en la literatura científica, se habla corrientemente de la *société* como de una formación distinta del Estado, sin que se ensayara una definición teórica de la misma. Saint-Simon es el primero que pone de relieve la oposición entre la organización estatista y las relaciones sociales. Para él constituía la sociedad el conjunto de clases económicas, cuya evolución tiende a hacer de la más importante de estas clases, la industrial, la dominante en el Estado.[15]

[13] *Grundlinien der Philosophie des Rechts. Obras,* vol. VIII, 2ª ed., pp. 240 ss. Véase también para la relación con Rousseau, pp. 306 ss.

[14] Singularmente, por mediación de Lorenzo von Stein, que sigue fielmente el camino trazado por Hegel, si bien recibe el contenido de su doctrina de la sociedad de los socialistas franceses; también Carlos Marx ha sufrido el influjo de las ideas fundamentales de la doctrina de Hegel acerca de la sociedad.

[15] Véase principalmente Saint-Simon, *Catéchisme des industriels,* 1822-1823; R. Schmidt, I, p. 105, considera que es completamente infundado el influjo de Hegel sobre Saint-Simon. El testimonio que aduce Schmidt de Ahrens no es justo, pues éste, en la *op. cit.,* I, p. 204, observ. 2ª, no habla absolutamente nada de la doctrina de Saint-Simon, sino del saintsi-

De un modo aún más decisivo ha expresado Proudhon esta oposición entre Estado, o sea, *le gouvernement* que ejercita la opresión, y la *société*, pues, a pesar de su animadversión contra el socialismo, él se encuentra sometido al influjo de la doctrina socialista de la sociedad.[16] En sus primeros escritos declara Proudhon que es preciso deshacerse del Estado, y pretende sustituirlo por una sociedad anárquica que descanse en un régimen libre a base de contratos, con lo cual necesita, por consiguiente, considerar como términos radicalmente opuestos, Estado y sociedad.

Este concepto de sociedad, tomado de la literatura socialista francesa, ha sido desarrollado posteriormente en Alemania, y se ha llegado a construir con él las bases de una concepción de la historia debida a Carlos Marx y Federico Engels. Según esta filosofía de la historia, que forma el *analogon* materialista de la de Hegel, la historia no es sino una consecuencia necesaria de las relaciones económicas, consecuencia absolutamente independiente de la voluntad consciente de los individuos. Estas relaciones económicas conducen a la formación de clases sociales que se dividen en explotadoras y explotadas. Todos los fenómenos sociales, hasta los más ideales, están condicionados por las relaciones de la producción económica; no siendo aquellos fenómenos sino la superestructura de la organización económica de la sociedad. El Estado es para esta escuela la organización que se da a sí misma la clase explotadora a fin de mantener las condiciones exteriores de la producción económica. Pero el objetivo necesario de la historia ha de consistir en conquistar el poder del Estado para los proletarios, y a partir del momento en que esto se alcance, el Estado dirigirá la producción conforme a los intereses comunes. El fin de la evolución habrá de consistir, por consiguiente, en la unificación de Estado y sociedad. Lo que para el derecho natural es punto de partida, viene a tomarse en esta concepción materialista de la historia como punto de llegada. Por esto la teoría socialista de la sociedad está en oposición abierta con la anarquista: se trata en la última de anular el Estado mediante la sociedad, sustituyéndolo con ésta, y allí de suprimir la sociedad mediante el Estado.[17]

monismo, que son dos doctrinas completamente distintas, como Ahrens muy justamente hace notar en el texto.

[16] Sobre la doctrina del Estado y de la sociedad en Proudhon, véase Diehl, *Proudhon*, II, 1890, pp. 101 ss.; en Conrad, *Samml. nationalök und statist.*, Abh. VI; Michel, *op. cit.*, pp. 385-386; Zenker, *Der Anarchismus*, 1895, pp. 22 ss.; Eltzbacher, *Der Anarchismus*, 1900, pp. 63 ss. [De esta obra hay traducción española del señor Dorado Montero.]

[17] La teoría de Marx ha sido explicada y popularizada en el libro de Engels, *Der Ursprung der Familie, des Privateigenstums und des Eigenstums*, 1884. [De esta obra hay varias traducciones españolas.] Posteriormente, él mismo la expone en la obra ya citada, *Herrn Dürings und Umwälzung der Wissenschaft*. Véase también entre el enorme número de escritos relativos a la doctrina de la sociedad y del Estado en Marx y Engels, singularmente el libro de Masaryk, *Die philosofischen und sociologischen, Grundlagen des marxismus*, 1899, pp. 387 ss.

La consideración del movimiento social en Francia, dio motivo a Lorenzo von Stein para tratar de la evolución del concepto sociedad. De un modo análogo a lo que ocurriera a los directores del socialismo alemán, así también Lorenzo von Stein se había formado en la escuela de la dialéctica hegeliana.[18] Según Stein, la sociedad consiste, y en esto se aproxima a los socialistas, en una pluralidad de clases que descansan en diferencias económicas, teniendo para él la historia del Estado la significación de un proceso ininterrumpido de la lucha de clases para conquistar el poder del Estado, con lo cual éste viene a estar sobre la sociedad, dominándola y dando la unidad necesaria a sus partes.

Bajo el influjo del socialismo francés, e independientemente de éste, hasta cierto punto, ha desarrollado un concepto de la sociedad el discípulo de Krause, Ahrens, y después Robert von Mohl. El punto de vista de este último se ha difundido mucho; considera la sociedad como una formación sustantiva que se encuentra entre individuo, familia y raza, de una parte, y de otra, el Estado; como un círculo de la vida que nace a causa de intereses permanentes humanos de gran significación, y que presentan un fin común a las acciones y voliciones, por lo que también van engendrando costumbres, modos de vivir e instituciones comunes, y, en fin, organismos más o menos perfectos y conscientes. Esta pluralidad de formaciones vitales que de esta suerte va naciendo, necesita del Estado, que la va condensando, limitando y sometiendo a una unidad de coordinación.[19]

Independientemente de los ensayos de los socialistas y de la ciencia alemana para alcanzar un concepto de la sociedad, Augusto Comte ha intentado construir una doctrina de la misma en Francia, y H. Spencer en Inglaterra, mediante la sociología. La doctrina de uno y otro tiene hoy en todas partes infinidad de seguidores. El concepto sociológico de la sociedad abarca la totalidad de las relaciones de los hombres en la comunidad. Por esto es la sociología la ciencia de la vida humana plena, en común. Hallar las leyes de la evolución, de la vida, de la religión, de las costumbres, del derecho, de la moralidad, de la economía y del Estado, es el problema de esta disciplina, en la cual quedan englobadas todas las restantes ciencias, pues en ella están supuestas todas las doctrinas que se ocupan de la naturaleza y del individuo. Mas en la doctrina sociológica no se oponen Estado y sociedad como en las anteriores teorías, sino que el primero es sólo una de las formas de la segunda.

A pesar de la falta de claridad y del desacuerdo sobre la naturaleza de la sociedad, convienen las distintas teorías, no obstante los matices dife-

[18] *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, 1850, I, pp. XXIX ss. *System der Staatswissenschaft*, II. *Die Gesellschaftslehre*, I, 1856, pp. 22 ss.

[19] *Gesch. und Literatur der St. W.*, I, pp. 88 ss. *Enziklopädie der St. W.*, pp. 27 ss.

renciales, en un punto importante, que es el de que han de existir formaciones independientes e intermedias entre individuo y Estado. Este resultado no sólo es de la más profunda significación para la concepción general del hombre, sino también para la doctrina del Estado. La nueva doctrina del mismo no había hecho derivar éste, hasta el siglo XIX, sino del individuo, al cual consideraba siempre idéntico a sí mismo. A lo más, esta doctrina llegaba a reconocer, bajo el influjo de la Antigüedad, la familia y la comunidad como formaciones intermedias; pero la derivación que se hacía, partiendo del individuo aislado, de la familia o de la comunidad, de las relaciones de subordinación propias del Estado, solamente era posible mediante especulaciones metafísicas o ficciones de derecho. La doctrina de la sociedad, por el contrario, ha ahondado el pensamiento antiguo que consideraba al hombre como el ζῷον πολιτικὸν καί κοινωνικόν y concebía al individuo como dado en una pluralidad social, en una comunidad de relaciones independientes de su voluntad individual. Estas relaciones permanentes, y en parte inorganizadas, descansan en una variedad y desigualdad de los individuos que pueden considerarse como dadas por la naturaleza y no artificialmente producidas; en una palabra, por algo que el derecho natural había negado o no había afirmado suficientemente.

Por consiguiente, las relaciones de comunidad se forman y convierten en relaciones de dependencia, que existen también aun allí donde no se encuentra la coacción del Estado. Las relaciones estatistas del poder se preparan, pues, mediante las relaciones sociales de dependencia, las cuales existen en todos los grupos sociales, no sólo en las relaciones de las clases económicas. Estas relaciones de dependencia han nacido *naturalmente*, es decir, completamente ajenas a la voluntad de los miembros de la sociedad; por eso perviven también después en el Estado, independientemente del poder público. No existe ninguna unión social, ninguna escuela científica, ninguna dirección artística, etc., en que no se encuentren directores y dirigidos. La posibilidad formal jurídica de sustraerse a tal dirección no prueba nada respecto a la realidad y necesidad de tales relaciones de dependencia. Quien no tiene la fuerza espiritual bastante para emanciparse ha de permanecer necesariamente en dependencia en tanto que él quiera cuidar su individualidad. Si fuera posible eliminar el Estado de entre la serie de formaciones sociales, no podrían quedar eliminadas por esto, en modo alguno, las relaciones sociales de dependencia.

No sólo es de importancia suma el estudio de la doctrina de la sociedad para comprender las relaciones fundamentales estatistas, sino también para conocer todos los fenómenos típicos e individuales de la vida del Estado. En las observaciones que siguen habrá de exponerse, primera-

mente, de un modo positivo, el concepto sociedad, y después trataremos de las relaciones de la doctrina del Estado con la doctrina de la sociedad.[20]

1. Sociedad en el más amplio sentido significa la totalidad de las relaciones psicológicas que tienen lugar entre los hombres en el mundo exterior. Es, pues, un concepto que se logra sometiendo el nexo de las relaciones sociales entre los individuos a una unidad conceptual. En este sentido, sociedad y comunidad son idénticos, por cuanto ésta consiste precisamente en una variedad de relaciones particulares permanentes o contingentes entre individuos; mas este concepto es tan amplio que no se le puede tomar como concepto inicial que sirva de base a una serie de consideraciones científicas. Un conocimiento completo de la sociedad equivaldría a un conocimiento igual de la naturaleza y del destino de nuestra especie; es decir, sería nada menos que tener la solución del enigma de la esfinge. La razón por la cual las investigaciones sociológicas carecen tan frecuentemente de una determinación interna y se pierden tan a menudo, se debe en gran parte a que toman como punto de arranque un concepto tan extraordinariamente amplio como el de sociedad, el cual impulsa a la ciencia a buscar su fin sin limitaciones metódicas ni de ningún otro género. El material de hechos sobre los que quiere fundar la sociología moderna sus principios no forma en realidad un obstáculo más que para los profanos, detrás de todo lo cual se ocultan construcciones apriorísticas, fruto de inducciones incompletas.

Este amplio concepto de sociedad, a pesar de todo, es de gran importancia para la doctrina del Estado, porque pone una corrección a las teorías falsas o demasiado limitadas. El Estado, como todo lo humano, sólo puede ser comprendido en su esencia si se le considera teniendo en cuenta la naturaleza del hombre tal como se desenvuelve en la comunidad. Una serie de hechos sociales y de causas invisibles, que no pueden, por tanto, comprenderse totalmente, son los que forman la vida concreta de los Estados particulares y, por consiguiente, de las instituciones de estos Estados. Partiendo de esta idea, habrán de rechazarse todas aquellas doctrinas que retienen tan sólo del mundo de las causas sociales una o dos, para concederles la virtualidad de ser las fuerzas exclusivas que impulsan la evolución del Estado.

[20] Una aclaración crítica de las teorías desarrolladas hasta hoy sobre la sociedad nos conducirá demasiado lejos. Para comprender las insuficiencias del último ensayo de Stammler hecho con objeto de fijar el concepto sociedad, *op. cit.*, pp. 83 ss., véase Simmel, *Schmollers Jahrsbuch*, XX, 1896, pp. 575 ss. Además, la definición de Stammler de "la vida social de los hombres en común, sometidos a reglas exteriores", elimina de la serie de los fenómenos sociales aquellos tan importantes que caen dentro del principio en que Saint-Simon y Stein hacían consistir el concepto de sociedad, y que Stammler parece desconocer, a saber: que la vida de la sociedad se lleva a cabo, en gran parte, bajo la forma de una lucha no sometida a reglas.

La complicación infinita de los hechos sociales explica algunos fenómenos importantes de la ciencia. Una rápida ojeada de la literatura nos enseña que un mismo fenómeno es a menudo producido por causas distintas, y hasta opuestas. Así, por ejemplo, según unos, nuestra cultura moderna es una cultura cristiana, por consiguiente, un producto del espíritu religioso cristiano; en tanto otros creen que lo característico de esta cultura moderna consiste en haber superado la visión religiosa del mundo por una visión naturalista. Y no falta una tercera posición que trate de explicar la verdadera causa de nuestra significación actual, por la formación de la técnica, principalmente en la aplicación que de ésta se ha hecho a los medios de comunicación. Ven los unos en la historia el resultado del influjo de los grandes espíritus directores, y los otros, exclusivamente el producto de los innumerables esfuerzos de las masas sociales. Unos dicen que las relaciones de clima determinan el curso de la historia de un pueblo; los otros, que la vida ética. Para unos, el derecho es el producto de las ideas morales; para los otros, el mero resultado de la lucha de clases.

El que considere científicamente estas maneras de apreciar la cuestión fácilmente reconocerá sus fallas. Puesto que todo fenómeno social es producto de una serie infinita de causas, es fácil elegir una o algunas de entre ellas y tratarlas como si fuesen las únicas. El error metódico consiste, no tanto en considerar que un efecto *x*, que se nos ofrece como resultado de causas *a, b, c, d, e*..., es producido por *a*, sino en representar *exclusivamente* a *a* como la causa de *x*. Es muy frecuente que en la historia de una ciencia luchen los nuevos puntos de vista con los que hasta entonces venían dominando, y traten de sustituirlos, procurando hacer ver que las series de las causas descubiertas y hasta entonces no tenidas en cuenta deben ser las únicas de que se haga uso para explicar los fenómenos. Así, por ejemplo, se ha tratado de explicar el origen de las religiones mediante la hipótesis de la personificación mítica de las fuerzas naturales, e inmediatamente en lucha con esta explicación ha aparecido otra, que se funda en el culto de los antepasados. El carácter incompleto de tales explicaciones puede evitarse fijando la atención en la variedad enorme de fenómenos sociales y no olvidando singularmente el hecho, tan repetido por la experiencia, de que un mismo efecto pueda ser producido mediante fuerzas muy diferentes.

El segundo fenómeno que resulta de la estrecha conexión de las relaciones sociales consiste en que todo hecho social produce efectos favorables y perjudiciales que no puede cambiar ninguna previsión humana. Los resultados de un hecho particular son tan varios, tan diversos, que siempre hay medios de emitir sobre ellos, con igual derecho, infinidad de opiniones opuestas. Por esto, todo hecho histórico, todo cambio social,

suscita los más opuestos juicios. Así como no es posible encontrar ninguna personalidad histórica, por alta que sea, ajena al elogio y al reproche, así tampoco hay obra alguna de literatura, de arte, de ciencia, de técnica, que habiendo sido saludada con las mayores alabanzas, no haya sido objeto a su vez de apreciaciones desfavorables. Y no existe hecho histórico ni cambio en las costumbres ni en el pensamiento cuya significación y trascendencia no haya motivado apreciaciones diferentes de personas distintas.

Esta frecuente oposición se debe no sólo a las diferencias que existen entre las personas que juzgan, sino más bien a la abundancia de material social que puede hallarse en cualquier sentido en que el juicio se oriente. El optimismo y el pesimismo, la sobrestimación o el desdén hacia la humanidad, la creencia en una evolución progresiva y la negación del progreso en la historia, hallan indistintamente su fundamento en la masa enorme de hechos sociales y en sus efectos. Y este mismo conocimiento pone también un correctivo beneficioso y es un medio de protección para evitar los extremos y enseñarnos a conocer la unilateralidad.

2. En sentido estricto, sociedad significa la totalidad de las agrupaciones humanas, esto es, de los grupos de hombres entre los cuales existe un elemento unitivo que los mantiene reunidos. No sólo están los hombres unos junto a otros, sino que forman, a causa de una necesidad psicológica, uniones de mayor extensión y vigor. Estas uniones pueden ser conscientes, organizadas o inconscientes, a las cuales falte toda unidad. Pueden descansar meramente en propiedades naturales comunes o en la igualdad de intereses. En una palabra, son innumerables las uniones que nos ofrece el estudio y análisis de las relaciones de la comunidad humana. La familia, las asociaciones, las comunidades, las iglesias, el Estado, son formas de agrupaciones organizadas,[21] a las cuales es preciso oponer como no organizadas, las clases económicas, las nacionalidades, las profesiones elevadas, los partidos políticos y eclesiásticos y hasta las agrupaciones pasajeras de la vida diaria, como, por ejemplo, las asambleas populares que se reúnen para actos comunes. Así como este concepto de sociedad comprende en sí al Estado, no tiene éste para ella límite alguno. Dentro del Estado particular se extienden agrupaciones organizadas y no organizadas; los mismos Estados pueden formar entre sí grupos sociales. El comercio internacional, que tanto se ha desarrollado, y el derecho internacional sólo son posibles porque la sociedad lleva en sí misma una serie de elementos internacionales.[22]

[21] Aquí encuentra su lugar apropiado el concepto de asociación, tal como lo concibe la jurisprudencia, a saber: como una de las formas posibles de sociedad.

[22] Smein (p. 26) da a estas observaciones un sentido que, a pesar de sus observaciones posteriores, no están completamente justificadas.

El concepto de sociedad en el sentido estricto únicamente tiene solidez mediante la definición que hemos dado. Cualquier exclusión de un grupo determinado con respecto a ella, como por ejemplo la familia, o la reducción del contenido de aquel concepto al de clases económicas, no es justificable científicamente. Una cualquiera de estas limitaciones implica una construcción apriorística y no nos es lícito olvidar algunos de los términos de la cuestión.

Se sigue de aquí que es imposible una separación completa ni una oposición entre Estado y sociedad. El Estado mismo es más bien una de las formas de sociedad; tanto es un supuesto como un producto. No puede pensarse en ningún grupo social sin que lo consideremos a su vez dentro del Estado. Esto explica las críticas que ha suscitado el concepto sociedad cuando se ha pretendido construirlo como un concepto aislado del Estado. Más bien podría decirse que, de un modo directo o indirecto, todos los demás grupos sociales sufren el influjo del Estado; aún más, éste por sí mismo forma grupos: la burocracia y el ejército no sólo son instituciones del Estado, sino también grupos sociales que actúan en su vida independientemente de quien los ha engendrado.

Dada la intensa coherencia entre todos los elementos de la comunidad humana, cada uno de ellos ejerce forzosamente un influjo más o menos susceptible de ser medido sobre los restantes grupos.

En esta íntima conexión de los grupos sociales radica precisamente la significación que tiene la doctrina de la sociedad para la teoría del Estado. De aquí arranca una doble conclusión: primera, que la vida completa del Estado sólo puede comprenderse partiendo de la totalidad de la vida social; de otra parte, que la doctrina social del Estado tiene sustantividad como una disciplina particular de las ciencias sociales, y, por último, se deduce de todo ello que las restantes doctrinas de dichas ciencias han de mantener necesariamente relaciones con la doctrina del Estado.

3. Para explicar las conexiones de este último con el conjunto de las demás formaciones sociales, es debido hacer una aclaración que consiste en adoptar un tercer punto de vista respecto del concepto sociedad, punto de vista el más restringido de todos, ya que comprende la totalidad de los grupos sociales con excepción del Estado.

El nexo de éste con la sociedad así limitada ha sido objeto en nuestros días de profundas investigaciones. Y sin embargo, rara vez es objeto de observación en este orden de consideraciones la complejidad total de la naturaleza de los grupos sociales, sino que más bien es frecuente considerar un elemento parcial de la vida social. Se nos suelen brindar las siguientes afirmaciones como resultados últimos del conocimiento social del Estado:

Todos los intereses humanos tienen necesariamente una tendencia

psicológica, que les impulsa a realizarse y a sostenerse, y tanto lo uno como lo otro exigen fuerza, poder. Por esto, en todo grupo social permanente, esté o no organizado, existe una aspiración intensa hacia la formación de un poder y hacia su afirmación. El factor social que ejerce un poder más vigoroso es el Estado. Ningún grupo social podría permanecer si no estuviese apoyado o, al menos, reconocido por él. Por esto todos los grupos sociales luchan para que los reconozca el poder público, y una vez alcanzado esto, tratan de realizar sus intereses con la ayuda del Estado. Así, los grupos sociales llevan consigo la tendencia a apropiarse el poder público apoyándose en el Estado y los intereses sociales más fuertes, aspiran incluso a adquirir un poder que esté sobre el del Estado.

Todas las oposiciones sociales son al mismo tiempo relaciones de equilibrio entre fuerzas y poderes sociales. Ésta es la razón por la cual en el Estado existe una lucha tan agria entre los grupos dominantes y los que aspiran a la dominación o entre los que dominan y los excluidos de toda participación. Muchas instituciones de derecho público son, a causa de esto, resultado de compromisos entre las exigencias de los que combaten desde distintos grupos sociales, y una parte del derecho no es otra cosa que la resultante de un estado de equilibrio entre los intereses sociales divergentes.[23] Uno de los mayores servicios que han prestado los socialistas y aquellos que los han seguido consiste en haber mostrado la relación entre la formación del derecho y el movimiento de la vida social.

Contra el exclusivismo de tales proposiciones habrá de protestar la convicción científica en cuanto pretenden nada menos que explicar todos los problemas políticos. Ya habla en contra de esta pretensión la imposibilidad en que nos hallamos de separar estrictamente Estado y sociedad, pues es sabido para nosotros que en la serie infinita de consecuencias de un hecho histórico, todo es a la vez causa y efecto; lo que quiere decir, como hemos hecho notar y habremos aún de repetir, que la vida de la sociedad es influida tanto por el Estado como a la inversa.

No menos parcial es la teoría que explica el Estado como una institución que está sobre la sociedad, teoría que trata de justificar a la monarquía como una institución que se encuentra situada por encima de todos los partidos sociales.[24] Así como no es posible hallar un individuo fuera del

[23] Lasalle en sus dos conferencias *Über Verfassungswesen* y *Was nun?* ha expuesto de un modo popular y eficaz las relaciones entre las fuerzas sociales y el poder público. Entre los juristas, Merkel es quien ha subrayado el carácter de compromiso que con frecuencia tiene el derecho. Véase *Recht und Macht. Smollers Fahrbuch*, v, 1881, pp. 39-40; *Furistische Enziklopädie*, p. 23.

[24] La doctrina de la monarquía social fue fundada por Saint-Simon, y después dialécticamente desarrollada por L. von Stein. Véase sobre este punto L. Brentano en *Schönberg's H. B. der P. O.*, 1ª ed., I, pp. 935 ss. Esta posición constituye la base de la doctrina del Estado

Estado, tampoco es posible encontrarlo fuera de un grupo social. Y toda tendencia por situarse sobre los partidos no evitará al monarca estar más cerca de este grupo social que del otro. Hay intereses dinásticos que son intereses sociales particulares, y en modo alguno intereses públicos generales. El Estado que hubiese de situarse sobre la sociedad, pertenece al mundo del ideal, pero no al tipo común del Estado.

No está en contradicción con estas observaciones una proposición que habrá de considerarse más ampliamente, que es la de que el Estado representa los intereses comunes de su pueblo. No se debe identificar, como frecuentemente acontece, pueblo y sociedad. El pueblo coincide con el círculo de poder que corresponde al Estado; pero no así la sociedad. Una gran parte de los intereses sociales rebasa los límites de los Estados particulares, por lo cual considerado cada pueblo en su totalidad pertenece a un grupo social más amplio, y sus intereses tienen el carácter de intereses particulares. De aquí que un mismo interés social tenga en distintos Estados valor igualmente distinto. Piénsese, por ejemplo, en la situación de la Iglesia dominante y de las minorías confesionales en varios Estados y se comprenderá que los intereses comunes adquieren siempre individualización en los Estados. Expresar y fijar los intereses comunes de la sociedad en las instituciones de derecho público solamente es hoy posible, al menos para el Estado, dentro de límites muy reducidos.

Para poder profundizar de un modo científico y satisfactorio el mutuo influjo entre el Estado y la sociedad, es necesario dividir el círculo amplísimo de las ciencias sociales y hacerlo objeto de estudios parciales. Sólo mediante la especialización, esto es, sólo aislando cada función social importante en su relación con el Estado, es posible alcanzar resultados provechosos; pero estas investigaciones pertenecen, como en otra ocasión se ha dicho, no a la doctrina del Estado, sino a otras disciplinas particulares de las ciencias sociales. En qué direcciones deben ser impulsadas las principales de estas investigaciones es lo que vamos a explicar a grandes rasgos.

Las disciplinas especiales de las ciencias sociales y su importancia para la doctrina del Estado

1. La sociedad, ya se le considere en la forma de una amplia comunidad humana, ya en su múltiple división en cuanto sistema de grupos, es el fundamento de la actividad moral de un pueblo. Esta actividad ético-social de la vida, actividad que ha de distinguirse de la moral abstracta que se

de Gneist. Véanse además O. Meyer, *op. cit.*, pp. 11 ss., y Klöppel, *Staat und Gesellschaft*, 1887, pp. 195 ss.

propone alcanzar un ideal conforme a las normas éticas, es de la más alta significación para la formación de la vida en común, y por tanto, también para el Estado.[25] Las ideas morales dominantes en una época y su actuación determinada dentro de un pueblo particular, así como los grupos sociales particulares de que se compone este pueblo, influyen profundamente tanto en las instituciones humanas, cuanto en la vida real cotidiana del Estado. Antes que cualquier otra afirmación, ha sido ésta, la de las relaciones entre la sociedad y el Estado, la primera en penetrar en la conciencia científica. El pensamiento helénico veía (y en esto coincidía con la concepción por entonces admitida del Estado), veía, decimos, en las virtudes sociales del ciudadano, la prenda más segura de la prosperidad del Estado. Toda la ética es para el griego algo tan íntimamente unido con el Estado, que Aristóteles la somete a un amplio concepto de la política. Igualmente ha permanecido como algo vital esta unión de la ciencia del Estado con la ética; posteriormente ha sido objeto especial de investigaciones profundas este estudio del enlace entre la ética y la política. Mas sólo podrán alcanzarse resultados satisfactorios para el conocimiento teórico del Estado, mediante investigaciones parciales que se propongan descubrir el lazo entre una situación concreta de moral social y la vida de un Estado.

El trabajo de más importancia hecho sobre estas cuestiones se debe a los historiadores, singularmente a los de la cultura: sirva como ejemplo la imposibilidad en que nos encontraríamos de llegar a conocer la formación y suerte de los Estados italianos del Renacimiento, de no conocer de un modo fundamental la situación moral de la Italia de entonces.

Pero si de una parte el Estado se modifica mediante el cambio de ideas morales de la sociedad, de otra influye por medio de sus instituciones y actividad en el estado moral de la sociedad. En los crímenes y males que tienen lugar en la sociedad, corresponde a menudo una parte no pequeña de culpa al Estado. Él puede ayudar grandemente a elevar el nivel moral social, mediante la defensa y la exigencia. Tan claras son estas afirmaciones, que apenas si han menester de una prueba abstracta. Además, es problema de una investigación especial determinar y probar el influjo del Estado sobre la moralidad social.

[25] No se ha de confundir esto, por consiguiente, con la "doctrina de las costumbres del Estado" que Mohl pretendió erigir en disciplina particular de las ciencias del Estado, ya que esta doctrina sólo es un elemento de toda política justamente entendida, a saber: la doctrina de las limitaciones morales dentro de las cuales deben alcanzarse los fines políticos, así como las exigencias éticas con referencia a los individuos, para la realización positiva de los fines, en cuanto éstos deben ayudar a la realización de aquellas exigencias. Lo que Mohl ofrece como resultado de tal doctrina es, por lo demás, una serie de trivialidades. Véase *Enziklopädie*, p. 304. Sobre las relaciones de la doctrina del Estado con la ética puede verse en la moderna literatura, J. Stern, *Die allgemeine Staatslehre und eine positivistische Ethik, Gründhuts Zeitsschrift*, XXXI, 1903, pp. 87 ss.

2. Las demás fuerzas espirituales que nacen de la sociedad mantienen igualmente una relación de mutuo influjo con el Estado. Entre ellas se cuenta primeramente la costumbre social, cuyo influjo sobre la primitiva formación de las instituciones de derecho público ha sido a menudo de gran importancia, y aún hoy continúa siéndolo.[26] Donde la costumbre apoya a las instituciones del Estado, se convierte ella en la fuerza conservadora más vigorosa, porque su sanción ejerce una presión mucho más potente que la de la fuerza coactiva del Estado. Aun allí mismo donde sólo se ocupa de lo puramente exterior, tiene la costumbre no escasa fuerza. Los hábitos que se refieren al comercio y el ceremonial que procede de este uso no han permitido aún hoy su significación para el Estado, y pueden, singularmente en las relaciones internacionales, considerarse como partes esenciales del *comitas gentium* y de los usos de guerra, y bajo este aspecto es lícito decir que tienen fuerza bastante para contribuir a la formación del derecho.

Es de gran importancia para la formación de los Estados el influjo de los descubrimientos técnicos. La invención de las armas de fuego nos ha alejado de las antiguas milicias y ha facilitado los ejércitos mercenarios favoreciendo la consolidación de los Estados mediante la elevación del monarca a rey absoluto. El enorme desarrollo de las modernas comunicaciones ha ayudado a la centralización de los grandes Estados. El telégrafo ha transformado los servicios diplomáticos fundamentalmente y hecho posible la estricta subordinación de los representantes diplomáticos a las órdenes de sus gobiernos respectivos; en tanto que antes era inevitable, a causa de la lentitud de la correspondencia, una relativa independencia por parte de los embajadores o enviados, que tenían a menudo un influjo decisivo en la política de sus Estados. Así, pues, la administración de los servicios ha alcanzado una seguridad y una prontitud, gracias a la técnica moderna, que antes, ciertamente, no tenía.

No influyen menos enérgicamente en algunos de los aspectos de la vida del Estado, la ciencia, la literatura y el arte, aun cuando parezca que no tienen fin político alguno. Pero en tanto que ellos forman una parte de la atmósfera en que viven los órganos del Estado, repercuten también en éste los cambios que se originan en el mundo de las ideas. Recuérdese cuán grande fue el influjo del siglo XVIII, el periodo de las luces *(Aufklärung)*, en las reformas del Estado de aquellos tiempos o el influjo que han tenido los escritores de política y economía de nuestros días sobre la formación de los partidos dominantes. Los efectos del Estado sobre las fuerzas espirituales se han mostrado de un modo típico actualmente en la manera como los mayores estadistas de la Alemania actual han llegado

[26] Véase H. Spencer, *op. cit.*, vol. VII, parte IV; Ihering, *op. cit.*, vol. II, 3ª ed., 1899; Wundt, *Ethik*, pp. 175 ss.; Schmöllers, *Grundriss*, pp. 48 ss.

a dar una nueva dirección al espíritu de la vida nacional. Empero todo conocimiento en este sentido ha de ser concreto e individual; no cabe en estas cuestiones obtener reglas generales.

3. Se llama opinión pública a la totalidad de las concepciones morales, religiosas, literarias o económicas que nacen dentro de un círculo social mayor o menor.[27] Puede considerarse como la opinión de la sociedad sobre los hechos de su vida social y política. Puede ser unívoca, pero en muchos casos habrá de ofrecer el resultado de una oposición de puntos de vista entre distintos grupos sociales, y en estas condiciones expresa o un compromiso o la exigencia del grupo o grupos más fuertes.

Puede expresarse la opinión pública de muy varias formas: en las reuniones sociales de la vida cotidiana, en las conclusiones de las asociaciones, en los mítines, en las peticiones y sobre todo en la prensa diaria. Su carácter social peculiar consiste en carecer de una organización que pueda reducirla a una unidad firme. Sus efectos en la vida del Estado siempre han sido sensibles, y se acentúan más a medida que se democratiza la sociedad y se difunde en la masa la participación en la vida política. No sólo es de importancia suma la opinión pública para la política, sino también para el derecho político, porque en infinidad de ocasiones constituye la única garantía de que serán llevadas a efecto las normas jurídicas de la comunidad.

La opinión pública se extiende más allá de los límites de un Estado particular, pues existe hoy una opinión pública internacional que tiene no menos importancia, cuando se trata de la política y el derecho internacional, que cuando se refiere al orden interno de un Estado. El fijar con detalles cómo nace, cómo se define y qué significación tiene la opinión pública es uno de los problemas más interesantes de la ciencia social, y al propio tiempo uno de los más difíciles que ha de tratar la psicología, cuyo objeto difícilmente podemos determinar nosotros, debido a los métodos de nuestra ciencia.

4. Es conveniente hacer una investigación especial para estudiar la relación de la familia con el Estado; pero sobre esta cuestión nos ofrece la sociología una riquísima literatura, cuyos resultados en gran parte son vacilantes, sobre todo cuando trata las leyes generales de la evolución de las primitivas relaciones de las comunidades humanas.[28] Hay

[27] Las investigaciones fundamentales sobre esta cuestión importantísima de los fenómenos sociales, y por demás difícil, son muy escasas. Entre la literatura alemana debe ser citado Holzendorff, *Wesen und Wert der öffentlischen Meinung,* 1879. Véase también las observaciones de Schmöller, *Grundriss,* I, p. 14. Investigaciones de psicología social de este fenómeno en Tarde, *L'Opinion et la foule,* 2ª ed., París, 1904. Entre las mejores observaciones que sobre esta cuestión se han hecho, cuéntanse las de James Bryce, *The American Commonwealth,* 3ª ed., 1895, II, 4ª parte, pp. 249 ss.

[28] A las construcciones harto estrechas de Bacfen, *Das Mutterrecht,* 1861; Mac Lennan,

que separar, pues, lo que es resultado de la investigación histórica, de aquello que se debe a la hipótesis y a la especulación en el orden de las cuestiones etnológicas y prehistóricas, hipótesis que no teniendo en cuenta la variabilidad infinita de las relaciones humanas, tratan de ofrecernos un solo tipo primitivo de la familia o del Estado precedente a ésta.[29] Lo que conocemos como resultados ciertos sobre el origen de la familia y de las instituciones sociales primitivas en general y de su carácter cambiante, es del mayor valor para comprender las formas variables del Estado. Que el patriarcado y el matriarcado son formas primitivas derivadas de la institución jurídica de la familia, existentes en pueblos distintos,[30] y que la poligamia y la monogamia y la duración y extensión del poder paterno han determinado conjuntamente la rudimentaria construcción del Estado originario, es manifiesto. En un grado superior de cultura aparece formalmente la familia como un poder, y tanto en este momento, cuanto en aquel otro en que ofrece ya el carácter de una corporación económica, tiene una profunda significación política. Para comprenderlo, piénsese en la esclavitud doméstica, en el poder soberano del padre en la familia aria y en la forma corporativa de la familia germana. Extendíase una familia, *gentes, clans, tribus*, etc., mediante hechos sociales naturales, pudiendo ser éstas consideradas en determinadas circunstancias, como poderes independientes y, por tanto, como incipiencias de un Estado. La fijación y transformación de la familia mediante el Estado, lo que ha tenido lugar en un grado de cultura determinado, es objeto de investigación en una disciplina especial de la ciencia sociológica.

5. Dentro de la doctrina de la sociedad ha de estudiarse posteriormente la doctrina de la corporación, doctrina que está en íntima relación con la del Estado. Las asociaciones más varias facilitan la solución de los problemas sociales, por cuanto brindan a los grupos formas jurídicas mediante las cuales pueden éstos organizarse. En los tiempos en que la

Primitive Marriage, 1865; Giraud-Teulon, *Les origines du mariage et de la famille*, 1884; se oponen las de Starcke, *Die primitive Familie*, 1883 (existe una traducción española, publicada por La España Moderna); Westermack, *The History of Human Marriage*, 1891 (La España Moderna ha publicado igualmente una traducción de esta obra). L. Brentano, *Zeitschrift für sozial-und wirtschaftsgeschichte*, I, pp. 101 ss.; Grosse, *Die Formen der Familie und die Formen der Wirtschaft*, 1896; H. Schurtz, *Altersklassen und Mannerbünde*, 1902. Las observaciones de Darwin, *Die Abstammung des Menschen*, traducción del inglés por Carus, inclinaban ya el ánimo a una situación de reserva. (De esta obra hay varias traducciones españolas.) Véase también Ziegler, *op. cit.*, pp. 50-51.

[29] Así se hace principalmente en nuestros días. Véase Schmoller, *Die Urgeschichte der Familie: Mutterrecht und Gentilversfassug*. En este trabajo Schmoller se acerca bastante a Morgan. El trabajo de Schmoller se ha publicado en el *Jahrbuch für Gesetzgebung*, XXIII, pp. 1 ss.

[30] Sobre cómo era completamente desconocido para los arios el matriarcado, véase lo dicho por Schröder, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 4ª ed., p. 64, y la bibliografía citada por el mismo en la n. 26.

vida del Estado no había alcanzado esplendor alguno, estas asociaciones sustituían al Estado mismo y aun lo precedían, pues lo que él ha hecho más tarde ha sido apropiarse la actividad de aquéllas. Las admirables corporaciones de la Edad Media, singularmente, nos han mostrado que muchas de las atribuciones que hoy consideramos esenciales a la administración del Estado, hace unos siglos no pertenecían a él, sino a las corporaciones.

También en la historia de las comunidades hay épocas en que no se consideraba, como hoy, que habían de ser, de un modo necesario, miembros del Estado independiente. A menudo se considera que las comunidades son más antiguas que el Estado y, frente a éste, naturalmente autónomas. Creyéndolo así, es lógico pensar que los intereses y los grupos sociales que protege el Estado no los crea éste, o solamente lo hace en una medida muy escasa.

En el proceso de la formación del Estado antiguo, la unión de las aldeas y ciudades para llegar a formar un todo político más extenso ha jugado indudablemente un gran papel. La formación de las colonias hoy mismo no consiste al comienzo sino en establecimientos locales que preceden a la formación de un núcleo territorial más complejo. Así es como los territorios americanos han llegado a convertirse en Estados. Primeramente fueron establecimientos locales, entre los cuales llegó a asentarse una organización común gracias a la ayuda del gobierno de la unión; más tarde se desenvolvió esta unión y llegó a ser un miembro de los Estados Unidos. En la Edad Media nacieron las comunidades o concejos sin que les precediese la iniciativa del Estado, si bien éste otorgaba a las ciudades derechos y privilegios. El campo de acción de las comunidades no estaba en modo alguno estrictamente delimitado por el Estado, pues también en las ciudades nombraban independientemente autoridades y organizaban funciones administrativas que más tarde servían de modelos al Estado para su organización y funciones.

Mas las comunidades entraron en relación con el Estado bien pronto y uniéronse a él más estrechamente que ningún otro grupo social. Por esto en el Estado moderno depende tan por entero del Estado la situación de los concejos, lo mismo en lo que respecta a su problema, cuanto en los modos de su organización. El Estado crea otras diversas formas de uniones sociales, les da una relativa independencia y las utiliza para sus fines; sin embargo, junto a esto hay un orden de asociaciones que el Estado regula, pero cuyo contenido de vida no determina, y cuyo fin es proveer la satisfacción de intereses sociales, ya supliendo la actividad individual, ya apoyando o preparando la del Estado. De suerte que sin comprender este orden de asociaciones no es posible tener una idea plena de cómo se satisfacen los intereses colectivos de un pueblo determinado.

Por esto se comprende el ensayo hecho, por ejemplo, por Gierke para construir un derecho mediador entre el derecho privado y el del Estado o público, un derecho social, y, a su vez, que L. von Stein haya considerado las asociaciones como una parte integrante del derecho administrativo.[31]

Desde el punto de vista jurídico, como veremos, no se puede justificar esto; pero desde un punto de vista social del Estado, que constituye el complemento necesario de su conocimiento jurídico, no podría dejar de existir una doctrina de las asociaciones. También la vida política de los Estados puede estar muy influida por las asociaciones: recuérdese si no la liga Club de los Jacobinos o los *Chartistes.* Si en algún momento puede hablarse de una lucha entre la sociedad y el Estado, será cuando se trate de las asociaciones, porque aquí es donde se encuentran frente a frente dos organizaciones.

6. Una de las verdades triviales de la ciencia moderna consiste en afirmar que la producción, la circulación y el consumo de los bienes materiales ofrecidos a la actividad, esto es, la economía, y los grupos sociales engendrados mediante estos bienes, influyen profundamente en las relaciones sociales y, por tanto, en las relaciones del Estado. A tal punto ha llegado a ser trivial esta afirmación que la ciencia moderna necesita poner más empeño en mostrar las limitaciones de esta proposición, que en confirmarla.

La relación entre economía y Estado se muestra singularmente en que esta alta forma de asociación, el Estado, sólo es posible en un determinado momento de la vida económica. Sólo puede hablarse de Estado, cuando se trate de pueblos nómadas, cazadores y pastores, en el sentido de un grupo que ejerce un poder personal. El Estado principia realmente cuando comienza la agricultura, se establece la propiedad privada sobre el suelo, y los medios de producción, cada vez más adelantados, separan las profesiones y producen relaciones de dependencia, construyendo de este modo un orden jurídico complicado, que siente la necesidad de un poder vigoroso que lo proteja. Estos intereses económicos han menester de seguridad contra los enemigos exteriores, y por esto necesitan una constitución especial. De la economía misma depende también la formación de un gran número de instituciones de derecho público. El Estado que no vive sino del botín de guerra necesita concentrar más sus fuerzas; el individuo, a su vez, se encontrará en una relación con la totalidad de estrecha subordinación, y las relaciones, en general, serán de muy distinta naturaleza que allí donde no se sienta amenazado y donde las fuerzas económicas naturales sean bastantes para subvenir las necesidades del pueblo. No influye menos en la cultura y en las formas de las

[31] *Die Lehre von der vollzichenden Gewalt,* 2ª ed., III. *Das System des Vereinswasen und des Vereinsrechtes.*

instituciones del Estado, la moneda, el crédito y el comercio internacional en sus formas varias. Los grandes acontecimientos de la historia, sobre todo las guerras y las revoluciones, están condicionados por causas económicas; los hay que exclusivamente se proponen un fin de esta naturaleza, y todos llevan consigo un propósito económico, aunque a veces sólo tengan un valor secundario. Sentar proposiciones generales histórico-filosóficas o sociológicas sobre esta conexión es en la mayor parte de los casos de poco valor, pues, en general, se trata de series de causas perfectamente individualizadas y concretas; pero esto prueba el poder, el influjo de las fuerzas económicas sobre la formación concreta de los Estados.

La evolución constitucional es igualmente codeterminada, en general, por la vida económica. Hay casos en que esto es muy manifiesto: por ejemplo, recordemos la época de la economía natural, en que la necesidad de atribuir a los condes grandes propiedades, a causa de la relación entre la economía y el poder en el reino de los francos, conduce al feudalismo y forma más tarde el curso total de la historia medieval del derecho público. Las necesidades pecuniarias de los príncipes y los impuestos votados por las ciudades para ellos son la causa de infinidad de instituciones de los Estados constitucionales. Los descubrimientos técnicos de la época moderna han transformado la organización y actividad de los Estados de una manera profunda. La pobreza y la riqueza de un pueblo deciden a menudo la cultura de aquéllos; la fuerza, la profundidad y la extensión de los efectos de las relaciones económicas de la sociedad son el poder que forma el Estado.

Es de interés especial ver el influjo que ha ejercido en la formación del Estado, en el curso de la historia, la diferencia de posición, considerada tanto desde el punto de vista económico como desde el punto de vista del poder de los grupos y clases sociales.[32] Es injusto reducir, como hacen los socialistas, la doctrina de la sociedad al estudio de la historia de las clases sociales, y a la fijación de sus orígenes y determinación de sus efectos; para la comprensión del Estado es importante el estudio de una disciplina sociológica especial de las clases económicas. Su gran valor consiste en que nos muestra esta manera de limitar la sociedad desde el punto de vista en que la desigualdad de los individuos resalta más. Esta desigualdad es una de las causas más importantes de las relaciones jurídicas y de derecho público, y por eso precisamente esta parte de la doctrina de la sociedad se encuentra en íntima relación con la doctrina del Estado.

Para alcanzar resultados ajenos a la agitación y el interés de partido, es

[32] Véase entre la literatura moderna Fr. von Wieser, *Über die Gesellschaftligen Gewalten. Rektorasrede*, Praga, 1901; Schmoller, *Grundriss*, II, 1904, pp. 496-497.

necesaria una investigación detallada y cuidadosa. Es necesario abandonar las grandes construcciones históricas que, en la literatura moderna, tanto lugar se han hecho, y en cambio debe dirigirse la atención primeramente a relaciones que están limitadas temporal y espacialmente, y circunscritos a ellas, tenemos que determinar qué valor condicionante han tenido sobre las desigualdades económicas, las costumbres, la educación y la profesión, sobre la fijación de situaciones jurídicas concretas o en la formación de instituciones del Estado y aun en la vida del mismo. Quien trabaje científicamente y, por tanto, sin pasión alguna, habrá de rechazar la pretendida identificación entre el hombre y el sujeto de la economía; pues todos los fenómenos de la vida social son aspectos de la psicología colectiva, y toda psicología de esta naturaleza tiene como supuesto la psicología individual. Las mismas fuerzas, por consiguiente, que actúan en la sociedad se han de manifestar igualmente en el individuo.

Si se supone que las causas sociales son más poderosas que la voluntad y la reflexión del individuo, y se estima que ésta se forma por el influjo de aquella voluntad, se hace necesario precisar estos influjos psicológicos. La doctrina de los poderes sociales que concede al individuo de una manera que no está psicológicamente probada la dirección y el contenido de su pensar, no es otra cosa que un retroceso a la vieja teoría de las ideas últimamente remozada en Hegel y aplicada a la nueva doctrina de la sociedad. El individuo era allí instrumento de altas ideas y, por tanto, no era consciente de la verdadera naturaleza de su pensamiento y de su acción. Esta filosofía de la historia de Marx y Engels, cuyos comienzos es preciso ir a buscar en Saint-Simon, transfórmase de lógica en ilógica; en vez de los efectos misteriosos del mundo secreto del espíritu, se admite el no menos incomprensible y misterioso de los poderes materiales. Empero el dogmatismo, que consiste en edificar sobre consideraciones no demostrables, permanece el mismo: sólo es nueva la tintura materialista que ha puesto la moda.

El análisis psicológico de los individuos[33] pone fuera de duda que éstos se mueven por intereses más profundos que los económicos, de aquí que las "formas ideológicas" creadas por ellos no puedan ser explicadas exclusivamente por las condiciones de la producción económica.[34]

Es por lo demás un fenómeno que se repite siempre en las grandes

[33] Carlos Marx, *Zur Kritik der politischen Okonomie*, 1859, p. VI. Véase también *Das Kapital*, 2ª ed., I, 1872, pp. 6-7.

[34] Engels ha limitado cada vez más la forma agria y cortante en que Marx expusiera al comienzo su doctrina, a tal punto que sólo queda como proposición irrefutable del materialismo histórico lo de que los factores económicos son codeterminantes del proceso de la historia. Véanse citas y observaciones sobre este punto en Ed. Bernstein, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, 1899, pp. 6-7. Posteriormente Masaryk, pp. 92-93.

luchas sociales de los partidos, el de tratar de identificar un elemento del hombre con el hombre en su totalidad. Así, por ejemplo, en la época de las guerras religiosas se consideró al hombre como un ser esencialmente religioso; en tanto que la revolución y el derecho natural que la prepararon, vieron y quisieron hallar en la libertad la esencia del hombre. La tesis fundamental del *Contrat social* es que el hombre por su naturaleza es esencialmente libre.[35] La nueva doctrina de las nacionalidades considera al hombre como un ser que vive dentro de una comunidad de cultura territorialmente limitada; la moderna teoría de las razas, como un individuo que pertenece a una comunidad de sangre, siempre la misma. El socialismo moderno, por el contrario, trata de concebir al hombre como un sujeto exclusivamente dominado por intereses económicos, y llega a estimar todos los demás fenómenos de la vida de la comunidad como productos secundarios de una gran fuerza fundamental.

De igual suerte que en todos los otros órdenes sociales, en el de la economía, el Estado no sólo es efecto, sino también causa.[36] En verdad no está en circunstancias de dirigir toda la vida económica como quieren los socialistas. Sobre esto, la historia sólo nos muestra algunos casos aislados, nunca organizaciones, que puedan tomarse como modelos. Tal sucede con el reino de los incas en el Perú o el Estado de los jesuitas en el Paraguay. Pero el orden jurídico del Estado, bajo cuya protección tiene lugar la vida económica, puede desarrollarla o detenerla en sus distintas direcciones. La movilización de la propiedad territorial, la divisibilidad de la tierra, los fideicomisos y bienes familiares, el derecho de sucesión, la libertad de testar, la organización de las sociedades de comercio, las letras de cambio y los cheques, el librecambio y la protección y otras cien instituciones jurídicas y medidas del Estado para regular la economía, influye en tal medida en la producción y repartición de los bienes de un país, que el Estado debe ser considerado como uno de los principales factores en este sentido. Además, todos los aspectos de la vida del Estado, como lo muestra una rápida ojeada de un presupuesto, tienen un aspecto económico, y, debido a ello, cuantas veces nos proponemos obtener una visión de conjunto del Estado no podemos dejar de tener en cuenta el punto de vista económico.

Pero, aun para el conocimiento especial del aspecto jurídico del Estado, es de importancia suma este orden de consideraciones económicas, ya que tal factor es uno de los que condicionan, en parte, como hemos nota-

[35] "Renoncer à sa liberté, c'est renoncer à sa qualité d'homme." *Contrat social*, I, 4.

[36] Véase Wagner, *op. cit.*, vol. I, 2ª parte, libro VI. *Der Staat volkswirtschaftlich betrachtet* y la bibliografía citada por él mismo en las pp. 870-871. Véase además Philippovich, *Grundriss der politischen Okonomie*, 2ª ed., 1897, pp. 86-87; L. Feliz, *Entwickelungsgeschichte des Eigeinstums*, IV¹, 1896, V², 1899.

do, la formación del Estado; por consiguiente, no es posible un conocimiento fundamental del ser y del devenir del derecho, sin conocer los fundamentos económicos del mismo. Para la historia del derecho público, es ésta una consideración de importancia. En cuanto a la historia del derecho privado es hoy comúnmente reconocido entre los escritores de este ramo, que no es posible separarla de la historia de la economía. Los historiadores del derecho son quienes más han contribuido al progreso de estas ideas.

Uno de los hechos esenciales para el conocimiento de conjunto del Estado consiste en que él mismo es un *sujeto económico*. En este sentido tiene el carácter de órgano supremo de la economía colectiva, y de otra parte, especialmente en relación con otros Estados, el de una formación social particular. Su acción en este orden de cuestiones sólo se comprenderá mediante un conocimiento suficiente de la doctrina de la economía. De ello se ocupa la disciplina denominada doctrina de la economía del Estado, o sea, la ciencia de la hacienda, que se compone de principios pertenecientes a la economía política, al derecho público y privado y a la política financiera. Por esto, el objeto de esta doctrina es doble; tiene que ir comprendida tanto en la ciencia del Estado cuanto en la ciencia de la sociedad. Toda tendencia a separar los elementos distintos reunidos en ella, conduciría sólo a oscurecer y a empobrecer el contenido. Un derecho financiero, autónomo, que se propusiera, por ejemplo, exponer el contenido jurídico de las instituciones económicas del Estado, tendría necesidad, a menos que no quisiera limitarse a comentar las leyes existentes, de eliminar cuidadosamente la mayor parte del contenido espiritual de aquellas instituciones para llegar a alcanzar los fines que exclusivamente se proponía. Lo mismo puede decirse, por lo demás, de la doctrina de las instituciones particulares del derecho administrativo.

7. El estudio de las instituciones sociales creadas bajo el influjo de la vida religiosa, así como el efecto que ejerce esta misma vida en la formación de las relaciones políticas, es el problema propio de una disciplina especial de las ciencias sociales. El material sobre esto es extraordinariamente abundante. Se han hecho muchas investigaciones parciales, pero ninguna exposición general singularmente en los tiempos actuales.

Originariamente todas las instituciones sociales se hallan en una estrecha conexión con las religiosas, y la historia de los Estados modernos es al propio tiempo la historia de un proceso acentuado de separación entre el círculo que comprende el Estado y el que comprende lo religioso; mas uno y otro, no obstante, permanecen en una relación de mutuo influjo. La concepción de la vida del Estado en cada época y la fijación de la parte dominante en él y de la que le estaba subordinada, sólo se puede comprender mediante una representación clara de las ideas religiosas

reinantes en aquellos tiempos. Y es más, aun en la actualidad el influjo de las concepciones religiosas en el círculo de la vida política de los pueblos no debe tenerse en poco.[37] ¡Qué influjo han ejercido sobre el contenido y la extensión de las instituciones del Estado, el antiguo paganismo, el cristianismo medieval, la Reforma y las confesiones particulares que de ella nacieron! He aquí uno de los problemas actuales de investigación para el historiador de la política. De otra parte es también objeto de investigación científica la acción del Estado en las relaciones religiosas. Aun cuando hoy no se reconozca como problema del Estado el derecho de imponer coactivamente una creencia, no por eso deja de haber ejercido esta coacción durante siglos, y por consiguiente, de haber tenido parte en la forma que ha adoptado la Iglesia y en su vida interna. También hoy cuando acuerda privilegios para unas confesiones y relega a otras, o cuando concede una libertad absoluta a las corporaciones religiosas, ejerce el Estado sobre la misma una acción de importancia suma. Así lo muestra la comparación de los distintos principios de política eclesiástica que desarrollan los diferentes Estados.

8. Los partidos políticos dan lugar a un orden particular de la doctrina social.[38] Éstos pueden considerarse desde muy distintos aspectos: psicológico, ético, estadístico, histórico, y ofrecen, por tanto, a la investigación científica una gran variedad de fenómenos.[39] Explicar su significación práctica para la vida del Estado es uno de los problemas que corresponden a la política; pero una reflexión completa sobre su naturaleza sola-

[37] Es de bastante valor para la comprensión del problema actual, la obra de E. Tröltsch, *Politische Ethik und Christentum,* 1904.

[38] Debo limitarme aquí a dar algunas breves indicaciones sobre cómo las ciencias sociales exponen la teoría de los partidos. Los trabajos extensos llevados a cabo hasta ahora sobre este asunto, especialmente los de Rohmer, *Die vier Parteien,* 1884; Bluntschli, *Politik,* 1875; Stahl, *Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche,* 1863; C. Frantz, *Kritik aller Parteien,* 1864; Von Treitschke, *Hist.-polit. Aufsätze, Parteien u. Fraktionen,* vol. III, 4ª ed., 1871, pp. 427-428, no aprecian en su justo valor el carácter social de los partidos y se fijan principalmente en otros caracteres. Se encontrará una gran cantidad de excelentes observaciones, limitadas, por lo demás, a un punto de vista histórico-político, en Merkel, *Fragment zur Sozialwissenschaft,* 1899, pp. 82 y 364. Como adición a los que acabamos de citar deben verse las interesantes explicaciones que ha dado R. Schmidt, I, pp. 238 ss., acerca de los partidos en cuanto poderes sociales para la formación del Estado. Tomado desde el aspecto social, Paulsen también ha subrayado la importancia de los partidos, *Parteipolitik und Moral,* 1900, pp. 14-15. Desde el punto de vista histórico se ha tratado la naturaleza de los partidos modernos europeos, con una riqueza de materiales no igualada hasta hoy, por Seignobos, *Histoire politique de l'Europe contemporaine. Évolution des partis et des formes politiques, 1814-1896,* 2ª ed., París, 1899. De los partidos actuales se ha ocupado de un modo más comprensivo Laurence Lowell, *Government and Parties in continental Europe,* 2 vols, Boston y Nueva York, 1896; Ostrogorski, *La démocratie et l'organisation des partis politiques,* 2 vols., París, 1903.

[39] La vida de los partidos, como toda vida, comprende tantos elementos extraños e incalculables que muchos de los aspectos científicos y elevados en que pueden tratarse son a menudo objeto de mofa.

mente es posible cuando se considera a dichos partidos como formaciones sociales, y en este sentido ya no son objeto de la doctrina del Estado. Incluso exteriormente se caracterizan como formaciones sociales. En su organización no hay ningún carácter estatista. Tampoco son grupos cerrados, en el sentido de que la adhesión a un partido determinado signifique una dependencia directa y manifiesta respecto de la organización del partido, es decir, que entre a formar parte de él; de otro modo, los partidos se verían muy limitados para reclutar un público adepto. Los propósitos de los partidos se muestran en las elecciones, en los mítines y en otras innumerables ocasiones de manera completamente independiente de la incorporación, como miembro de tal o cual partido. Éstos fundan, en no pequeña parte, la esperanza de sus victorias en las luchas políticas, en la posibilidad de atraer a los elementos fluctuantes. Pero en el orden de la vida del Estado no hay lugar alguno para el concepto de partido político; incluso cuando los partidos deben ejercer, y ejercen, un influjo sobre aquél, sólo son considerados en cuanto mayorías y minorías.

El problema de la doctrina de los partidos desde el punto de vista de la ciencia social se hace claro y patente considerando que la naturaleza esencial de los grandes partidos, o más bien de los grupos de partidos que permanecen siendo los mismos, no obstante el cambio de los fines momentáneos, sólo puede comprenderse cuando se les pone en conexión con la vida total de la sociedad. Los partidos políticos son, por su naturaleza, grupos que mediante convicciones comunes relativas a ciertos fines del Estado tratan de realizar estos fines concretos. Si se considera a éstos en su relación con el poder del Estado y con los grupos sociales dominantes, nos encontramos con grupos que detentan el poder en un momento dado y grupos que aún no lo han detentado. Es una tendencia natural de todo partido político alcanzar el poder y mantenerse en él una vez alcanzado. Los que dominaron antiguamente, y a causa de la movilidad de las relaciones del poder en la vida social han perdido el predominio en la sociedad y en el Estado, son los grupos de los cuales se nutren los partidos reaccionarios; aquellos otros en los que coinciden el poder que ejercen en el Estado con su poder social, son los partidos conservadores, y, por último, aquellos que no han llegado aún y se encuentran más o menos alejados del poder, son los partidos progresistas, radicales. De aquí se sigue el siguiente hecho: que allí donde los partidos dominantes en el Estado son al propio tiempo los que prevalecen en la vida social, existe una tendencia favorable a la estabilidad de los poderes de la vida del Estado; en tanto que los partidos que luchan por alcanzar la dirección de éste, sólo pueden lograrlo por un cambio del orden existente. Por esto los partidos más alejados del predominio social son los enemigos del orden existente y los más dados a desencadenar las fuerzas individuales.

Tanto menos agria es la oposición de las fuerzas sociales dentro de un pueblo, tanto más atenuada es la lucha de los partidos y más simple la división de los mismos. Si los Estados anglosajones se han preservado de la subdivisión extrema de los partidos políticos en el continente europeo, débese a la gran homogeneidad de su sociedad. En la que fuera totalmente homogénea no habría lugar a una permanente oposición de partidos. Junto a los grandes partidos hay otros necesarios que indican tendencias momentáneas y carácter, por tanto, contingente, y partidos ilegítimos, a los que llamamos de este modo porque no tienen su fundamento en las relaciones generales de la vida de los pueblos, esto es, en la distinción entre profesiones, clases, etc., sino que se basan en condiciones peculiares de un Estado particular. Los partidos contingentes son aquellos que si bien no se proponen la realización de un fin de la vida del Estado, sí tienen como programa la ejecución de intereses individuales. Así, por ejemplo, cuando hay dos pretendientes al trono, se establece una división en el pueblo entre los partidarios del orden monárquico mismo. Al segundo orden pertenecen los partidos religiosos y nacionales. Son partidos ilegítimos, porque todo partido legítimo ha de tener un programa que comprenda los puntos fundamentales de la vida general del Estado, lo cual no es posible ni partiendo del punto de vista de una determinada nacionalidad ni de una cierta confesión religiosa. Existen partidos fragmentarios que se proponen la solución a una cuestión particular, y carecen de una concepción sobre la política general del Estado. Aparecen comúnmente estos partidos en aquellos Estados donde existe una gran división de ellos, es decir, allí donde un pueblo está dominado por intereses parciales. De esta naturaleza son, por ejemplo, los librecambistas y los agrarios. Los partidos fragmentarios, a pesar de los elementos extraños que comúnmente contienen, pueden incluirse en alguno de los grandes grupos que hemos descrito. Estos grupos son los que permanecen como partidos a través de todo cambio, en tanto aquéllos, que tienen un carácter contingente y fragmentario, disfrutan de un periodo de vida muy limitado.

La de los partidos políticos, considerada desde el punto de vista de la doctrina de la sociedad, significa la lucha de ésta por alcanzar el poder del Estado. Esto explica también el fenómeno admirable de que los diversos partidos que existen en los diferentes Estados se den siempre los mismos nombres: conservadores, liberales, demócratas, radicales, etc. (la designación de reaccionarios suele evitarse), y, no obstante, los fines de los partidos nombrados se diferencian tanto en cada Estado particular, como distintos son estos mismos Estados en su formación histórica, en su vida religiosa y en sus fuerzas económicas.

9. Para comprender la formación de los Estados, así como su destino, son de la mayor importancia las diferencias nacionales, diferencias que

originan la formación de grupos sociales, de los cuales unos quedan dentro del Estado mismo, cuando ocurre que un territorio esté ocupado por varias naciones o fragmentos de naciones, y otros rebasan los límites de un Estado particular, cuando una nación está dividida en varios Estados. He aquí cómo la cuestión sobre la naturaleza y forma de las naciones es de nuevo objeto de investigaciones particulares.[40] Fijar de un modo concreto la significación que tiene para el Estado la nación, es un problema importante de la doctrina de la sociedad, problema que ha de servir de fundamento para infinidad de principios trascendentales de la política. Así, pues, uno de los temas más importantes de la política contemporánea es, y ha sido, la oposición entre los Estados nacionales y los Estados que se componen de varias naciones.

Debe partirse en esta investigación de una afirmación que se reputa hoy como evidente, cual es la de que las naciones no son formaciones naturales sino histórico-sociales. Fijar la esencia de una nación es, como toda fijación de un fenómeno que está puesto dentro del continuo fluir de la historia, uno de los problemas más difíciles de la ciencia. No es posible encontrar ningún rasgo inmutable que pueda convenir a todas las naciones. No es posible hablar de la comunidad natural de razas, pues todas las naciones modernas están compuestas de razas muy distintas las unas de las otras, etnológicamente consideradas. Así, por ejemplo, los italianos de hoy proceden de etruscos, romanos, celtas, griegos, germanos, sarracenos; los franceses, de romanos, galos, bretones, germanos, y los rusos, de la mezcla entre razas eslavas y no eslavas. Los americanos, sobre todo, en quienes se encuentra sangre de todas las razas, son una muestra de la imposibilidad de identificar comunidad de raza y nación. Y aun cuando una nación poseyese una sangre no mezclada, no sería ésta, sino la comunidad en el destino de la historia, y determinados elementos culturales, los que le prestarían ese elemento unitivo. Donde la comunidad de raza parece influir inmediatamente en la vida nacional, no es ella la que liga a la nación, sino determinados sentimientos y representaciones que van unidos a la conciencia de este hecho.

Tampoco es el lenguaje una nota suficiente para diferenciar las naciones.

[40] El estudio más profundo y más amplio acerca de la naturaleza de la nación es el de Fr. J. Neumann, *Volk und Nation*, 1888, donde se da a conocer y se utiliza toda la literatura anterior. Posteriormente a este libro se ha publicado el de Lindner, ya citado (véanse pp. 75-76). Es muy distinto el concepto social y político de la nación o nacionalidad (nunca ha sido posible precisar la diferencia entre estos dos calificativos), del concepto jurídico del Estado compuesto de una nacionalidad, el cual se identifica con la comunidad de lenguaje e indica una propiedad común a los individuos, a las agrupaciones y a las instituciones y autoridades con carácter público. Véase como libro reciente sobre esto, Von Herrnritt, *Nationalität und Rechtdargestellt nach der österreichischen und ausländischen Gesetzgebung*, 1899, pp. 16-17.

Hay naciones que hablan un mismo idioma, por ejemplo, el inglés, los ingleses, irlandeses, americanos; el español, las naciones americanas de lengua española; el portugués, los brasileños; el danés, los noruegos, etc. De otra parte, existen pequeñas comunidades en que se hablan idiomas diferentes y que forman parte, no ya sólo de una misma unidad política, sino también de una misma unidad nacional. Esto acontece con los vasco-españoles y los bretones de Francia, los ingleses del país de Gales, los reto-romanos y otros de Suiza. Igualmente dentro de una misma nación que tenga una expresión o un lenguaje común escrito, puede haber diferencias que se caractericen por las diferencias de fonética popular; citemos como ejemplo las que existen entre el alemán del norte y el alemán del sur o entre el francés y el provenzal.

La religión tampoco es hoy religión nacional; una misma nación puede tener adeptos a distintas religiones. De ella se puede decir, como del lenguaje, que es uno de los elementos constitutivos de la nación. Así, los croatas y los serbios hablan la misma lengua; pero los primeros pertenecen a la Iglesia romana y los segundos a la Iglesia griega y, precisamente por esto, ellos se consideran como dos naciones distintas. El Estado no es un elemento necesario de la nación. En efecto, no todas las naciones están constituidas en Estado, y en cambio varias naciones, o partes de naciones, pueden vivir formando uno solo. Además, la existencia de un poder del Estado para una comunidad es uno de los medios que más contribuyen a la formación de las naciones.[41] Es imposible dar un criterio único, objetivo, para diferenciar la nación, y para determinar asimismo fijamente, mediante una combinación de varios elementos, en qué consiste. De aquí se sigue que la nación no es objetiva en el sentido de que tenga una existencia exterior, sino que pertenece más bien a aquel orden muy extenso de fenómenos sociales que no pueden medirse con una medida externa. Nación es más bien algo esencialmente subjetivo, esto es, la característica de un determinado contenido de la conciencia. Una variedad de hombres entre los cuales existe una serie de elementos culturales propios, comunes a todos, y un pasado histórico común, mediante el cual llegan a advertir su diferencia con todos los demás grupos, es lo que forma una nación.[42] Las comunidades humanas fundadas objetivamente

[41] La geografía física, como fundamento del origen de las naciones, ha sido defendida por A. Kirchhoff, *Was ist national*, pp. 14-15. Véase también B. Schmidt, *op. cit.*, I, pp. 132-133.

[42] Renan, *Qu'est ce qu'une nation?*, 1882: *"Une nation est une âme, un principe spirituel"*, p. 26. *"L'homme n'est esclave, ni de sa race, ni de sa langue, ni de sa religion, ni du cours des fleuves, ni de la direction des chaînes de montagnes. Une grande agrégation d'hommes, saine d'esprit et chaude de cœur, crée une conscience morale qui s'appelle une nation"*, p. 29.

La nación en el sentido propio de la palabra es: "Una masa de población que, a causa

en caracteres comunes, tales como la unidad de raza o tribu, son tan antiguas como alcanza el recuerdo de la historia, y aún más. Pero la unidad subjetiva de la nación es, al contrario, por su naturaleza, producto de una cultura elevada, y aunque haya existido en germen desde bastante tiempo antes, sólo en la época moderna se ha mostrado de un modo patente; en cuanto no existe o se muestra sólo débilmente y en sus comienzos, no es posible hablar de teorías políticas fundadas en cualidades internas de los pueblos.

El hecho de que los pueblos al tener puntos comunes, se sientan distintos de aquellos otros con quienes no los tienen, y se exteriorice esta comunidad sentimental por la formación de un Estado particular, es una idea que no fue tenida en cuenta por los escritores antiguos sobre política ni por los de la Edad Media. En la época moderna misma, la doctrina del Estado de la escuela del derecho natural, partía para fundar éste, del individuo humano abstracto, por lo cual sólo le era posible conocer el aspecto jurídico del Estado; pero no reconocía nunca en la nación ni en el pueblo un sentido cultural. Aun en el siglo XVIII, Montesquieu, que se proponía conocer todos los elementos de la vida del pueblo que determinaban el Estado, es el primero que trata de la relación entre derecho y nación, pero no dice palabra alguna del influjo que la nación pueda tener en la formación del Estado. Este influjo está precisamente condicionado por el vigor del sentimiento nacional. Lo que se siente como una unidad se pretende llevar a la realidad como tal unidad, y fortalecerla; pero para esto es preciso una organización pujante, que sólo puede hallarse en un Estado. De aquí que, en los últimos siglos, la política haya tendido a engrandecer los Estados sin tener en cuenta para nada los caracteres nacionales de los habitantes. Mas en los tiempos modernos, en los países europeos, esta política es imposible o peligrosa de realizar.

La esencia de la nación es de *naturaleza dinámica*. Un pueblo puede ser una nación en un grado mayor o menor, esto es, tanto menos acentuado es el sentimiento de la cultura común, tanto menos relieve tiene la nación; tanto mayor es el número y más significativos los elementos naturales que sirven de cohesión, tanto más fuerte e íntima es la conciencia de la unidad en un grupo nacional. Por esto el individuo se considerará en mayor o menor grado, miembro de una nación, según la amplitud y la intensidad de los elementos culturales nacionales que hayan influido en él. Tanto más alto es el nivel que alcanza la cultura peculiar de un pueblo y tanto más ricos son los hechos históricos que sirven de lazo de unión a sus miembros, tanto más desenvuelta también se encon-

de determinadas direcciones en su cultura, ha alcanzado una naturaleza común que se transmite, en un vasto territorio, de generación en generación". (Neumann, *op. cit.*, p. 132.)

trará la idea de nación, la cual, precisamente por esto, no tiene lugar propio en un grado rudimentario de cultura.

Para que llegue a producirse el sentimiento nacional, es preciso que a su vez nazca la idea de oposición respecto de otras naciones.

Por esto, se puede decir que los helenos llegaron a tener un sentimiento de raza muy desarrollado, pero no un sentimiento nacional —en el sentido en que nosotros lo consideramos— que los diferenciara de los pueblos bárbaros, precisamente por no haber reconocido a éstos como sujetos de una cultura distinta, del propio modo que a los romanos les faltó este sentimiento de oposición con respecto a los pueblos sometidos a ellos, a los cuales no llegaron a reconocer una civilización propia. Fenómenos análogos a éstos se pueden encontrar hoy mismo al observar las relaciones de las naciones civilizadas con pueblos semicivilizados o salvajes. Cuando no entran en consideración, de un modo inmediato, intereses políticos de la patria, aquel que se pone en relación con gente de estos pueblos, siéntese, no alemán, francés, italiano, etc., sino europeo, y si se trata de gente de color, exclusivamente como blanco.

10. El conjunto de las relaciones sociales e internacionales debe ser objeto especial de una investigación a fin de que puedan llegar a obtenerse resultados de valor sobre la significación de las mismas para la vida de los Estados particulares. Una parte de estas relaciones pertenece a la materia de que ya nos hemos ocupado. La Iglesia y otras corporaciones religiosas, las clases sociales y las naciones mismas, comúnmente no quedan encerradas dentro de los límites del Estado. Las grandes Iglesias y sobre todo la Iglesia católica, organizada de modo centralista, y las clases económicas, forman asociaciones internacionales de mayor o menor intensidad. La vida espiritual y económica de los pueblos cultos no queda limitada nacionalmente, y de aquí se deriva una serie de consecuencias sociales. Los congresos y exposiciones internacionales son signos visibles, que se repiten anualmente, de esta vida social internacional. Pero los Estados soberanos, como miembros de la comunidad internacional, forman una sociedad de Estados, no organizada o que se organiza sólo ocasionalmente. Dentro de esta organización, los intereses políticos hacen aparecer grupos cuya forma varía, grupos que se oponen los unos a los otros y que, en sus mutuas relaciones, repiten los tipos de grupos sociales que existen dentro de los Estados.

Sería un problema muy digno de atención determinar el influjo particular que ejercen las relaciones sociales internacionales sobre el orden jurídico de un Estado particular. Toda la constitución de los Estados modernos está condicionada por estas relaciones. Las analogías que se encuentran en la estructura de los Estados modernos, a pesar de las diferencias individuales, no obedecen exclusivamente al influjo de las

instituciones inglesas y francesas sobre las de los restantes Estados, esto es, no se deben a una imitación externa del derecho extranjero, sino más bien a la semejanza de las condiciones sociales. Éstas son las que han determinado, a su vez, que los principios modernos de la organización administrativa, sin duda modelados según el tipo francés, hayan llegado a ser esencialmente los mismos en los Estados europeos, en el curso del siglo XIX. Lo propio puede decirse respecto al porqué de las analogías en las reformas de política social, las cuales se extienden de un Estado a otro como muestra la historia de la protección del trabajo y del seguro obrero.

11. En las explicaciones anteriores ha quedado ya indicado que el Estado no sólo es influido por las demás relaciones sociales, sino que a su vez influye sobre ellas, determinándolas. Y precisamente este influjo que ejerce el Estado es el que necesita ser objeto de una investigación especial científica. Pero sobre ello sólo hemos de hacer aquí algunas observaciones fundamentales.

Es preciso distinguir ante todo el efecto consciente e intencional de aquel otro que es inconsciente, no buscado. Este último, que en la teoría no se tiene en cuenta comúnmente, tiene en cambio, por lo general, más fuerza que el primero. Las instituciones del Estado, aun cuando hayan procurado de un modo inmediato alcanzar el fin que se propusieron, han ejercido su influjo más significativo sobre la formación y organización de las naciones, sobre la difusión de una religión o sobre su decadencia; han influido poderosamente en hacer más viva la diferencia de las clases sociales o, por el contrario, en allanarla. Suministra un ejemplo típico de lo que llevamos dicho, la ruina de la sociedad feudal en Francia, llevada a cabo por la monarquía absoluta, la cual no quería soportar en el Estado ningún otro poder junto a él y, mediante una política consecuente del rey, se facilitó la nivelación de la sociedad y se acentuó, por consiguiente, la democratización de la misma, con lo cual se abrió el camino para la revolución; pero este resultado quedaba fuera de las previsiones del monarca, como no podía ser por menos.

En la literatura y el lenguaje ha ejercido, a menudo inconscientemente, el Estado un influjo grande. En un Estado donde se hablan diferentes lenguas y dialectos, la lengua común y literaria ha llegado a ser la que el rey y las más altas autoridades empleaban.[43] Así, el hecho de que los reyes franceses proviniesen del norte ha sido un factor de valor no escaso para

[43] Aunque parezca extraño, es digno de hacerse notar que apenas si ha sido objeto de estudios en la ciencia política o en la filología el influjo del Estado sobre la lengua. En Arnold, *Kultur-und Rechtsleben*, 1865, p. 67, se encuentran algunas acertadas indicaciones generales; pero no conozco una investigación sistemática sobre este interesante problema. Simmel ha hecho recientemente algunas observaciones, *op. cit.*, pp. 161-162.

que el provenzal, de tan esplendorosa vida en ocasiones, haya llegado a no desempeñar más papel que el de un dialecto. Del mismo modo, a partir del momento de la unidad española bajo los monarcas castellanos, es el lenguaje de Castilla, frente al catalán, la única lengua literaria española, así como el alto alemán era la de las autoridades del imperio. Efecto de una evolución política especial se ha transformado el holandés, de un dialecto del bajo alemán en una lengua especial. La significación internacional y la difusión de una lengua dependen, pues, fuertemente del poder del Estado.

También influye éste en gran manera sobre la formación peculiar del carácter de un pueblo: el hábito de la obediencia, la práctica de obrar conforme a un fin consciente y según las relaciones políticas determinadas, la confianza en las decisiones y en la justicia del gobierno, en la fe de la evolución del Estado. En general, todas las relaciones del mismo alteran, sin duda alguna, de manera más o menos honda, el pensar y el vivir de los hombres. Platón, con su mirada profunda, ha sido el primero que ha visto esta relación, haciendo coincidir la variedad de formas del Estado con una variedad de caracteres.[44] En el carácter más común entre alemanes, austriacos, rusos, etc., es fácil reconocer el influjo de la formación específica de cada uno de los Estados.

Recurriendo a esta conexión veremos cuán grande es el valor del sentimiento del Estado y el de algunas instituciones del derecho público. Entre los efectos incalculables que ejerce el Estado cuéntase, no como el menor de ellos, el de producir un sentimiento político común entre sus miembros, que tiene gran importancia para los destinos del Estado. El amor a la patria y el sentimiento del Estado son las garantías morales más poderosas para conservar y hacerlo prosperar. Existen instituciones fundamentales, como por ejemplo la del monarca, que toman su fuerza, mucho más que de la letra de las leyes, del sentimiento tradicional que se va transmitiendo de una generación a otra. El sentimiento del honor que domina políticamente al pueblo en relación con los demás Estados nace y es independiente de toda reflexión, y constituye un factor poderosísimo en la determinación de la trayectoria histórica de los pueblos. Estos fenómenos se muestran tanto entre aquellos Estados que tienen dentro de sí mismos elementos contrapuestos, cuanto en los que están formados sobre una base enteramente nacional. Los Estados del sur de Alemania, constituidos en el comienzo del siglo XIX por una abigarrada confusión de territorios y ciudades de los antiguos reinos, formaron prontamente un sentimiento particular de Estado dentro del nuevo reino, que ha extinguido completamente el recuerdo de las anteriores relaciones

[44] *República*, libro VIII, pp. 544-545.

políticas. Pero no podemos comprender estos efectos si se explican exclusivamente como productos de instituciones que el Estado hubiese creado intencionalmente.

Cuando se dice que el Estado ejerce un influjo escaso en las relaciones sociales, sólo se suele pensar en la acción reflexiva del mismo. Su instrumento de poder específico, a saber, el *imperium*, es, como todo lo que viene de fuera, incapaz de llegar a transformar la parte interna de la vida del hombre, pues aun cuando ésta se exterioriza en el mundo de los fenómenos, burla la acción de todo poder exterior. No hay poder coactivo capaz de destruir la comunidad de intereses entre los miembros de una clase económica. Cuando se usa del poder del Estado para alcanzar un fin social concreto, sucede que el efecto no coincide enteramente con lo previsto. La liberación de los aldeanos, el reconocimiento del derecho de libertad económica y la movilización de la propiedad territorial, han influido en la transformación de la sociedad moderna; pero el modo como han influido, sólo en una parte insignificante corresponde a la acción intencional de los autores de estas medidas, los cuales, primeramente, presentaban estos derechos en la forma de exigencias sociales. Únicamente de un modo excepcional puede el Estado alcanzar, mediante la aplicación de la fuerza bruta, un resultado concreto, siquiera sea negativo, como lo han mostrado, por ejemplo, la Contrarreforma y la Convención francesa, y estos mismos resultados son limitados y de escasa duración, como lo prueban el reconocimiento de la libertad religiosa en los Estados católicos y la Restauración francesa.

De este modo, nos hace ver la doctrina de la sociedad los límites del poder del Estado. Éste sólo puede regular dentro de estrechos límites el cambio progresivo, la evolución y la decadencia de la vida de la sociedad. Él es, sin duda, capaz de desviar, mediante su acción consciente, la corriente de las relaciones sociales o aminorar la velocidad de su marcha; pero no le es posible ni determinar el objetivo desconocido a que tiende la sociedad ni transformarlo.

El punto de vista jurídico del Estado supone, pues, como un correctivo necesario, un punto de vista social para interpretar aquél. La doctrina jurídica considera que el Estado soberano es superior a todos los demás poderes organizados y que no se encuentra sometido a ninguno. Pero los poderes de la vida social, que no obran en la forma de poderes conscientes voluntarios, someten al propio soberano a sí mismos. Mas el jurista debe guardarse de identificar el mundo de sus normas, al que debe estar sometida la vida del Estado, con la vida de éste en sí misma. Todas las representaciones formales jurídicas de la supremacía del Estado, que tienen su razón de ser cuando se les da un valor hipotético, dejan de tener sentido al hacerlas pasar del mundo de las posibilidades jurídicas al

de la realidad de la sociedad. Esto corresponde a las fuerzas históricas que forman y destruyen lo esencial de los Estados, lo que está más allá de toda construcción jurídica. De esta esencialidad puede decirse lo que con palabras geniales ha expresado un pensador alemán muy calumniado: para el devenir, el ser y el pasar de los Estados no hay otro *Forum* que la historia del mundo, la cual forma el supremo tribunal mundial; pero sus normas no son ciertamente las del jurista.[45]

[45] Hegel, *op. cit.*, pp. 423 ss.

Libro Segundo

DOCTRINA GENERAL SOCIAL DEL ESTADO

V. EL NOMBRE DEL ESTADO

La historia de la terminología de una ciencia está estrechamente unida a la de la ciencia misma, porque existe siempre una correlación entre la palabra y el sentido que la misma encierra. La palabra ha sido frecuentemente la que ha trazado el camino de la ciencia en un pueblo o en una época.

Los griegos llamaron al Estado πόλις, que era idéntico a *ciudad*, razón fundamental por la cual la ciencia del Estado entre los griegos hubo de construirse sobre el Estado ciudad o sobre la ciudad Estado, y nunca pudo llegar a comprender el Estado como dotado de una gran extensión territorial. Cuando se habla de tales Estados, se les describe como un conjunto de habitantes (οἱ Αγγυπτοι οἱ Πέρσαι). Pero un nombre que exprese aquella relación en que se encuentra el territorio respecto a los habitantes no tuvo jamás significado entre los griegos.[1]

Se habla a menudo en el mismo sentido también de la πόλις; así los atenienses, tebanos y corintios, son identificados completamente con sus comunidades respectivas. Cuando se considera al Estado objetivamente, esto es, como la totalidad de la comunidad de un pueblo, se le llama τὸ κοινόν. En todas estas representaciones, el elemento real queda muy en segundo término con respecto al elemento personal. La comunidad de ciudadanos se identifica con el Estado; por esto precisamente la situación del individuo dentro del derecho público no está condicionada jamás por la pertenencia a un territorio, sino por el hecho de formar parte de una comunidad de ciudadanos o por una relación de protección respecto a éstos.

La terminología política de los romanos corresponde al mismo tipo. El Estado es la *civitas*, la comunidad de los ciudadanos o la *res publica*, esto es, la cosa común al pueblo todo, que es precisamente lo que corresponde a la expresión griega τὸ κοινὸν. Italia y las provincias son, primero y principalmente, países aliados y dependientes de la gran ciudad. La capacidad plena del derecho de ciudadanía sólo se le concede a aquellos que han sido admitidos para formar parte de la comunidad de la ciudad. El *civis romanus* es, y permanece siendo, únicamente el ciudadano de la ciudad de Roma; pero sobre la ciudad de Roma levántase el más pode-

[1] Se dice que el término χώρα es sinónimo de πόλις, y que describe el territorio del Estado en oposición a la ciudad. Véanse las citas en *Stephanus "Thesaurus graecae linguae"*, *passim*, pero en este caso tiene singularmente el significado de *regio* y no de *civitas*.

roso Estado territorial de la Antigüedad. Esta transformación, sin embargo, sólo llega a expresarla de un modo imperfecto la terminología romana, pues identifica el poder de mando propio del gobierno con el Estado romano, haciendo de esta suerte equivalentes la *res publica* y el *imperium*, con lo que el elemento más esencial del Estado pasa a ser el poder del mismo y no los ciudadanos; esto es, la *res populi* se convierte en *res imperantis*. Como en Grecia, así también úsase aquí, a más de estas denominaciones, la de *pueblo* para expresar el Estado, por cuanto abstractamente *populus* y *gens* significan también Estado.[2]

El lenguaje expresa con gran fidelidad el cambio de las relaciones del Estado en el mundo germano. La palabra alemana *Reich* corresponde a la latina *regnum*, de la cual proceden *règne*, *regno*, *reign*, y significa primariamente dominación, y dominación de un príncipe.[3] Lo mismo sucede con las expresiones que proceden de la latina *imperium*, o sean *imperio* y *empire*. No existen expresiones generales para designar ni las monarquías ni las repúblicas, tanto más cuanto que la ciencia del Estado comienza en el siglo XVI a servirse de las lenguas nacionales. Además, estas expresiones sólo se aplican a los Estados muy extensos. En la literatura latina empléanse los términos de la Roma antigua; pero con la palabra *civitas* sólo se designa la comunidad de una ciudad.[4]

En oposición a la antigua concepción del Estado y la manera de ser designado el mismo, se halla la de la Edad Media, que le da usualmente los nombres de *Land*, *terra terrae*. Al hacer consistir lo fundamental del Estado en su elemento territorial, se puso a tono con los hechos históricos que consideran principalmente el predominio del Estado en los grandes territorios como lo que revestía más alta significación, y en su virtud hacían derivar el poder político de la propiedad del suelo.[5] Aun

[2] En el bajo latín empléase en vez de *res publica* la expresión más abstracta *status reipublicae*. Así en Ulpiano, lib. I, § 2, *b. de just et jure*, I, I. Se encuentra también la expresión *status romanus*, en la acepción de Estado romano, en Aurelio Víctor, *De Caesaribus* (escrito en 360), cap. XXIV, § 9: "*Romanus statum quasi abrupto precipitavere*" (se trata de los sucesores de Alejandro Severo). Véase también en Ammiano, 20, 8, § 11 la carta dirigida por César Juliano a Constantino Augusto, en el año 360: "*Haec statui, Romano prodesse*". Véase además en Orosio, ed. Zangemeister, II, 5, 9: "*Trecenti Fabii, vere clarissima, Romani status lumina*"; Casiodoro, ed. Mommsen, p. 422, 5: "*Romanum statum in confinio gentium sub tranquilitate regio in media urbe confundi*". En estos pasajes y en otros, sobre los cuales el profesor Zangemeister me ha hecho fijar la atención, la palabra *status* no está nunca empleada de un modo absoluto en el sentido de Estado. La suposición de M. A. Zachariae, I, p. 41 (véase también Bluntschli, *Lehre von modernen Staat*, I, p. 24; H. Schulze, *Einleitung*, p. 124), de que "Estado" se halla implícito en aquel pasaje de Ulpiano, carece de fundamento.

[3] Sobre la variedad de sentidos de esta palabra, véase Gierke, *Das Genossenschaftsrecht*, II, pp. 570-571.

[4] Gierke, *op. cit.*, III. p. 356.

[5] Es de importancia para llegar a comprender la concepción de la Edad Media en oposición a la antigua, advertir que para ésta, *Ciudad*, *Burg* o *Wik* son modos territoriales y no personales

cuando esta manera de concebir el Estado lo haga aplicable tanto a los grandes como a los pequeños, le falta determinación y limitación, porque, de un lado, deja de comprender en sí a los Estados ciudades, y de otro, considera como tales, formaciones que no son Estados, por ejemplo, territorios y provincias. Sin embargo, este término no ha perdido toda su significación. En Alemania, oficialmente se usa la expresión *Landesgesetzen,* y en la ciencia empléase el de *Landesstaasrecht* para expresar el derecho de cada Estado en particular; mediante la expresión *Landtag,* empleada para nombrar las cámaras, mantiénese vivo el recuerdo del antiguo Estado territorial. También Hungría hasta el año 1887 llamaba a la colección oficial alemana de sus leyes *Landesgesetzsammlung.*

La necesidad de una palabra general que comprendiese la formación total del Estado fue atendida en Italia. Para la pluralidad de los Estados italianos no era acertado servirse de las palabras *regno, imperio, terra* ni bastaba *città* para expresar el carácter de los Estados de Florencia, Venecia, Génova, Pisa, etc. Y entonces es cuando comienza a usarse la voz *Stato,* que va unida al nombre de una ciudad: *stato de Firenze,* etc. He aquí creado un término incoloro aplicable a todos los Estados, así monarquías como repúblicas, grandes o pequeños, Estados ciudades o Estados territoriales. J. Burckhardt opina que lo que se designa con la expresión *lo stato,* es juntamente el gobierno y su corte, y que esta expresión ha podido usurpar la significación de la existencia total de un territorio.[6] Probablemente el sentido de esta palabra corresponde al de la antigua *status,* es decir, la constitución, el orden. Ya al comienzo del siglo XV se usaba en este sentido,[7] y a principios del XVI se emplea *stato* como la expresión corriente para designar a todo Estado. Con la aparición de la idea moderna del Estado nace igualmente la voz que le corresponde. Así lo enseña de una manera evidente la frase con que comienza Maquiavelo *Il Principe: "Tutti li stati, tutti e' domini che hanno avuto ed hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o reppubliche o principati".*[8]

de designar la organización comunal. La voz latina *civitas,* en la Edad Media, es un concepto local, y de ella se deriva en primer lugar *civis,* y después *citoyen, citadin, cittadino, citizen,* y Gierke, *Genossenschaftsrecht,* II, pp. 579-580. Frente a esto debe recordarse igualmente que para los griegos, la palabra πόλις era la primaria y πολιτης el concepto derivado.

[6] *Die Kultur der Renaissance in Italien,* 1860, p. 2, nota. Según Rumelin, *statistique,* en el H. B. Schönberg, 2ª ed., III, p. 700, la expresión *Estado* se usó por parte de los embajadores para designar los delegados y autoridades de cada comunidad, y sólo después se ha usado para expresar el territorio sometido al dominio de estas autoridades. Para la historia de las palabras *stato, état, staat,* véase Nys, *L'État et la notion de l'État,* 1901, pp. 420-421, y Ed. Loening, *op. cit.,* pp. 907 ss.

[7] Aunque de una manera completamente aislada, se encuentra ya en Inglaterra en el siglo XIV la palabra *status* como equivalente a Estado. Véase Ducange-Heuschel, *Glossarium mediae et infimae latinitatis,* véase *status.*

[8] Puede atribuirse con justicia a Maquiavelo el haber introducido en la literatura científica la voz Estado.

En el curso de los siglos XVI y XVII penetra también esta palabra en el lenguaje francés y alemán. En Francia emplea Bodin aún (1576) la voz *république* cuando habla del Estado, en tanto que llama *Estat* a una forma determinada del Estado, por lo cual habla de Estado aristocrático y Estado popular.[9] Algunos decenios después usa Loyseau la palabra *Estat* en el mismo sentido amplio y comprensivo en que usaba Maquiavelo la palabra italiana que le correspondía.[10] En Inglaterra emplea Shakespeare frecuentemente *state* en el sentido técnico de Estado.[11] En Alemania mantiénese vacilante durante mucho tiempo la significación de *status*. A comienzos del siglo XVII se habla por vez primera de *status rei publicae* como expresión abreviada para indicar todo el *status*, en oposición a la corte, al ejército y a las cámaras de los Estados, queriendo significar, por tanto, con aquél, el estado total de los asuntos generales del país.[12] Más tarde se habla de *status publicus;* sin embargo, durante mucho tiempo la terminología es tan insegura que se designa con el mismo nombre la corte que la cámara de los príncipes.

En el curso del siglo XVIII se consolida esta expresión, sin duda bajo el influjo de la literatura de la ciencia del Estado, y se designa con esta voz a la totalidad de la comunidad política. Al final del citado siglo se termina este proceso, correspondiente a la transformación operada en la conciencia general que llevó a convertir los territorios en Estados. Sin embargo, la voz Estado conserva un doble sentido, cuyo rastro se deja sentir hasta en nuestros días. Así, por ejemplo, se llama estado a las provincias o territorios que tienen una constitución particular.[13] En este sentido, se habla oficialmente de los Estados del monarca prusiano como de los territorios de un príncipe que al propio tiempo es rey de Prusia. Aún hoy promúlganse las leyes prusianas en la colección de leyes para los Estados reales prusianos *Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten.*[14]

Así Austria, en la Patente de 11 de agosto de 1804, por la cual tomaba Francisco II el título de emperador de Austria, se habla de la *posesión inseparable de nuestros reinos y Estados independientes,* así como de *nuestros Reinos y otros Estados,* lo cual no significa en nuestra lengua moderna otra cosa que reinos y países, como se ve claro con la denominación de Estados hereditarios, *Erb-Staaten,* aplicada a los países hereditarios

[9] *Six livres de la république,* II, caps. VI y VII. Pero en este tiempo usábase ya en el lenguaje oficial la palabra *état* en el sentido de Estado. Véase Loening, *op. cit.,* p. 908.

[10] Loyseau, *Traité des Seigneuries,* París, 1608, p. 25.

[11] Véanse las citas en Al. Schmidt, *Shakespeare Lexikon,* 2ª ed., II, 1118.

[12] Stölzel, *Brandenbury Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung,* I, 1888, p. 19.

[13] Véase Adelung, *Versuch eines vollst. grammat. krit. Wörterbuches der hochdeutschen Mundart,* 1786, *"Staat".*

[14] H. Schulze, *Preussisches Staatsrecht,* 2ª ed., I, 1888, p. 139, n. 2.

alemanes que entonces formaban parte de la federación de los reinos de Alemania.[15] Es el mismo lenguaje que hemos encontrado con respecto a Prusia. Por esto, cuando se habla en la Patente de un cuerpo de Estados austriacos unidos *(vereinigten Österreichischen Staaten-Körper)* no se habla nada del reconocimiento de los países austriacos como Estados. Lo muestra también el acta de abdicación de Francisco II del 6 de agosto de 1806 en que declara el emperador "que él gobernará de aquí en adelante como emperador de Austria las provincias y tierras de su reino" en unión con el cuerpo total de los Estados austriacos. Aun en los más pequeños Estados se encuentra en esta época la misma falta de claridad en el lenguaje; por ejemplo, el rey Federico de Wurtemberg, en su manifiesto de organización de 18 de mayo de 1806, dado con ocasión de haberse fundado el reino formado por el antiguo y nuevo Wurtemberg, habla "de sus antiguos y nuevos Estados reunidos en un todo".[16]

El año 1820 emplean los representantes de Baden en la conferencia ministerial de Viena, la expresión de "los Estados del Gran Duque de Baden";[17] sin embargo, no sería justo tratar de deducir ninguna consecuencia para el derecho público de estas expresiones. Debe hacerse notar que en la terminología oficial de las dos grandes potencias alemanas no se encuentra, hasta la época de la disolución del imperio alemán, el concepto "Estado".[18]

A más de la voz Estado se usan hoy otras varias para expresar la idea de comunidad política. Considerado el Estado en su aspecto exterior se le llama *macht, puissance, potenza, power, poder,* cuyas expresiones se usan frecuentemente, incluso en el terreno diplomático. Igualmente, *Volk, nation, nazione, nación,* son reminiscencias de los antiguos modos de expresión, transmitidos mediante el *jus gentium* principalmente, usándose como equivalentes a Estado.[19] Nuestro *Volkerrecht* y el llamado por Bentham derecho internacional, expresa el derecho entre los Estados. Esta última expresión tiene una gran variedad de sentidos, y a causa de esto, es muy dado a confusiones. Mejor sería hablar de un derecho entre Esta-

[15] *"So ist solches... daan von denjenigen Unserer Erb-Staaten zu verstehen, welche bisher mit dem Römisch-Deutschen Reiche in unmittelbarem Verbande gestanden sind, und auch in Zukunft die nämlichen Verhältnisse mit demselben... beibehalten sollen".* Así debe comprenderse de aquellos de los Estados alemanes hereditarios que han formado parte hasta ahora del Imperio Romano-Alemán y que deberán conservar en el futuro las mismas relaciones con él.

[16] Reyscher, *Sammlung der württ. Gesetze,* III, p. 247.

[17] Aegidi, *Die Schlussakte der Wiener Ministerialkonferenzen,* p. 182.

[18] Para la historia de la voz alemana *Staat* estudiada en relación con su origen romano, es interesante considerar de un lado, que se designaba a los Países Bajos con el nombre de Estados generales *(generalstaaten, Stadt Stand).* De otra parte, a los cantones suizos aún se les llama oficialmente *Stände,* o sea Estados, como por ejemplo, "Consejo de los Estados" (al *Standerat, Standestimmem).* Por tanto, *Stand* equivale a Estado.

[19] Véase Neumann, *op. cit.,* pp. 108-109.

dos que de un *jus inter gentes* o *inter nationes.* Pero la terminología no siempre acompaña a la lógica. Desde el punto de vista científico, no hay término alguno tan útil y fácil como el de Estado, pues no permite se le una ninguna representación auxiliar que pueda llevarnos a una dualidad en el sentido de este término y que dé lugar a confusión.[20]

[20] Bluntschli, *op. cit.*, vol. I, p. 24, núm. I.

VI. DE LA NATURALEZA DEL ESTADO

1. DISTINTOS MODOS COMO PUEDE CONOCERSE EL ESTADO

Antes de pretender dar una solución al problema más importante y difícil de la doctrina del Estado, a saber, el conocimiento de su naturaleza, es preciso indagar los puntos de vista desde los cuales se puede alcanzar un conocimiento del Estado.

El Estado, en primer lugar, forma parte del mundo de los hechos, y por consiguiente, está encajado dentro del mundo de lo real en el sentido objetivo, esto es, que tiene existencia fuera de nosotros;[1] es una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio; pero estos hechos necesitan poder ser advertidos, incluso por quien no sepa nada acerca del hombre y sus fines, pues lo que existe realmente, existe independientemente de todo subjetivismo; así vemos y reconocemos en las relaciones humanas hechos sociales semejantes a los de ciertos animales. Lo que pasa en las colmenas o en los hormigueros, lo percibimos nosotros; pero no podemos interpretarlo con toda justeza. Aún hoy no está claro para la ciencia qué fuerzas orgánicas o psicológicas son aquellas sobre las que descansan estos instintos generadores de las sociedades animales; esto es, sólo nos son suficientemente conocidos los hechos exteriores, pero no las fuerzas que están obrando internamente en cada uno de los miembros de la sociedad. Nosotros interpretamos, sin embargo, involuntariamente, en nuestro fuero interno, estos hechos, valiéndonos de analogías. Si no fuera por esto, veríamos tan sólo en ciertas sociedades una sucesión de hechos sin sentido, un organismo no humano. Pero un modo tal de considerar al Estado, exclusivamente desde su aspecto exterior, esto es, objetivo, como le habremos de llamar, ofrece solamente una imagen pobre, e insuficiente científicamente, del mismo. Los hechos sociales pueden comprenderse tan sólo con la condición de conocer los actos psíquicos que los determinan y acompañan; porque todos los hechos exteriores de la sociedad, del mismo modo que todos los cambios que tienen lugar en la vida de los hombres, van condicionados por la voluntad, cuya dirección y contenido están dados por la plenitud del ser psicológico y por la actuación del hombre. Mas con esta suerte de conocimiento se traslada el Estado del mundo de lo objetivo al mundo de lo subjetivo.

[1] La última de las cuestiones relativas a la teoría del conocimiento, o sea, la de la significación trascendente de este fenómeno objetivo, queda fuera de nuestro estudio.

Una parte de las innumerables acciones sociales humanas puede escindirse y traerse a la conciencia con un fundamento concreto, como una unidad sintética de fenómenos, unidad que debe existir tanto en la conciencia del estadista, cuanto en la del investigador y el crítico. Pero únicamente pueden explicarse las acciones mediante nuestra experiencia interna. Los medios de que dispone el que investiga en las ciencias naturales, pesar, medir, contar, no sirven para este caso. La investigación estadística sólo puede ofrecer el material objetivo exterior, que recibe su valor gracias a la interpretación psicológica. A este modo de investigación científica para conocer el Estado lo llamaremos subjetivo.

Esta consideración subjetiva del Estado no se opone en modo alguno a la objetiva, sino que sirve para completarla y aclararla. Determina la realidad del Estado no sólo como una realidad física sino como predominantemente psíquica, que descansa en relaciones internas humanas. Para la concepción subjetiva del Estado existen dos maneras posibles de ver, que han de ser rigurosamente separadas una de otra.

La primera tiene como objeto el estudio del Estado como fenómeno social: aquellos hechos reales subjetivos y objetivos en que consiste la vida concreta del Estado. Frecuentemente se designa a esta manera de considerar el Estado, aspecto histórico-político. Éste sirve de base a la historia de los Estados, a la doctrina de sus orígenes, transformación y decadencia, a la investigación de los supuestos sociales y de la acción del Estado, así como al estudio de sus elementos propios y de sus relaciones internas. En una palabra, esta disciplina se propone abarcar el ser y el obrar del Estado en el mundo externo y en el interno.

La segunda concepción tiene como objeto el aspecto jurídico del Estado; pero el derecho ofrece una doble vida: es, de un lado, ejercicio jurídico efectivo, en cuyo sentido tiene el carácter de un poder social que forma parte de la vida concreta de la cultura de un pueblo, y de otra parte, es una totalidad de normas que exigen ser transformadas en acciones. En este último sentido, el derecho no queda dentro del mundo del ser, sino del mundo de lo que debe ser. Constituye una pluralidad de conceptos y proposiciones, que no sirven para conocer lo dado sino para juzgar de la realidad. Así, pues, mediante las normas jurídicas no se conoce ningún ser real; pero el problema de la jurisprudencia no consiste en precisar lo *en sí* del Estado, sino más bien en ordenar lo dado para determinados fines desde puntos de vista firmes y juzgar de ellos conforme a las normas abstractas del derecho. La ciencia del derecho, por tanto, es una ciencia normativa, de igual modo que la lógica, que no nos dice cómo son las cosas, sino cómo se las debe pensar para no caer en contradicción. Si la realidad es el supuesto del derecho y la base sobre la cual ha de apoyarse, no por eso deja de ser el derecho de naturaleza puramente ideal,

porque la proposición jurídica como tal sólo tiene una existencia conceptual. Los juicios deducidos de proposiciones jurídicas suministran, por consiguiente, un conocimiento no de una sustancia, sino de una relación, a saber: nos enseñan a conocer la relación de los hechos con la norma. Por esto, lo justo y lo injusto no son predicados que vayan adheridos a las cosas, no son propiedades, sino relaciones. El conocimiento jurídico de un objeto es, pues, fundamentalmente distinto del conocimiento de los hechos reales que lo componen

La concepción jurídica del Estado tiene como objeto el conocimiento de las normas jurídicas que determinan y sirven de pauta a las instituciones y funciones del mismo, así como de las relaciones de los hechos reales de la vida del Estado con aquellos juicios normativos sobre los que se apoya el pensamiento jurídico. La concepción jurídica del Estado se propone, por consiguiente, completar la concepción social del mismo; pero no puede, en modo alguno, confundirse una con otra.[2] Su método es exclusivamente método jurídico. El desconocimiento y confusión de esta distinción que acabamos de hacer es la causa de la enorme cantidad de errores que aún hoy suelen encontrarse. La naturaleza jurídica del Estado y sus instituciones, por obra de esta confusión, queda identificada con su realidad social. El reconocimiento de que existen varios modos de concebir el Estado no ha penetrado aún en las conciencias.[3]

Para explicar de un modo definitivo los puntos de vista acerca del Estado, es preciso echar una ojeada crítica sobre las teorías emitidas hasta hoy sobre el mismo, apoyándonos en los resultados que se desprenden del método que hemos empleado. Las diferentes teorías deben ordenarse y examinarse según las diversas formas de conocimiento de que es

[2] Ed. Loening, *op. cit.*, p. 909, considera que sólo es posible, mediante un concepto jurídico del Estado, superar el carácter normativo del concepto del derecho, el cual es insuficiente para abarcar el sustrato real de las normas. Pero el mismo Loening no puede mantener su punto de vista. En la p. 923 habla del Estado como una unidad histórico-política y hace notar (en la p. 917) que el Estado y el derecho son conceptos correlativos y, por tanto, que el derecho supone el Estado, con lo que viene a reconocer que el Estado no puede ser completamente derivado del derecho. La separación del Estado, como fenómeno social y como concepto jurídico, ha sido, por el contrario, mostrada por Seidler, pp. 17 ss.

[3] Sobre la base de esta separación en los modos de concebir el Estado, que ya se encuentra en mis obras anteriores, se ha hecho modernamente una investigación profunda y sagaz por parte de Kistiakowski, *op. cit.*, pp. 61 ss. Bierling, en su obra *Juristische Prinzipienfrage*, I, 1894, p. 226, núm. 1, trata de refutar la posibilidad de que existan diversos modos de conocer el mismo objeto. Dice este autor que pueden existir infinidad de respuestas incompletas e inexactas para una misma cuestión; pero sólo puede existir una, justa y suficiente. Sin duda esta observación sería exacta si se tratase de un *ens perfectissimun;* pero no lo es para nosotros, cuyo conocimiento empírico jamás es perfecto. Por esto es una exigencia ideal el tratar de reunir todos los conocimientos de que es susceptible una cosa, en una respuesta suficiente a la cuestión relativa a su naturaleza. Esto no puede alcanzarse por la ciencia positiva, sino que entra en el mundo de la especulación y de las convicciones subjetivas.

susceptible el Estado; muchas de estas teorías son uniones de varias, en las que de un modo, la mayor parte de las veces falto de claridad, se mezclan elementos de varias categorías, sin regla ni orden. Pero en tales confusiones es necesario buscar los elementos de cada doctrina y, reducidos a sus elementos simples, considerarlos conforme a la división que aquí hemos anotado.

Habrán, pues, de quedar excluidas aquellas teorías, bastantes en número, que no tienen como objeto considerar al Estado tal como es dado, sino que estudian tipos ideales del mismo en alguna de sus formas.[4] Ni las utopías ni los ideales políticos son, en modo alguno, objeto de la ciencia del Estado. Les es posible tener significación en la ciencia de la historia, la ética y la política, pero en otra dirección. Estos tipos ideales pueden presentarse como normas de juicio de lo existente, mas se diferencian esencialmente de las normas jurídicas, porque el derecho es firmemente positivo, esto es, una medida general, reconocida para juzgar lo que existe, en tanto el tipo ideal del Estado tiende a ser reconocido, sin poderlo alcanzar jamás. Entre las diferencias permanentes que separan a los hombres, ocupan el primer lugar los ideales políticos.

2. Las teorías particulares sobre el Estado

a) Teorías que consideran al Estado de un modo predominantemente objetivo

Una teoría del ser objetivo del Estado en que no entre para nada la consideración de elementos subjetivos es científicamente imposible. Esto no obstante, han existido muchas teorías que se han propuesto considerar al Estado como un ser exterior y completamente desligado del elemento interno de la vida del hombre. Nosotros llamaremos a estas doctrinas, teorías en que predomina el aspecto objetivo del ser del Estado.

El Estado considerado como un hecho

El Estado es algo realmente dado, no una abstracción ni una cosa que exista meramente en nuestro pensamiento. Esta observación suele ha-

[4] La distinción, que ha sido tan frecuente, a causa del influjo de la filosofía especulativa, entre el concepto ideal y empírico del Estado, ha sido abandonada por la mayor parte de los teorizadores sobre el Estado. Sin embargo, Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, 1886, p. 2, admite esta dualidad en el concepto del Estado, así como Rehm, *Staatslehre*, p. 11, habla de un concepto filosófico del Estado.

cerse a menudo en la literatura moderna.[5] No puede unirse a ella ninguna idea clara. Con la doctrina de la realidad del Estado no queda dicho de qué orden son los hechos que se designan como Estados, si de naturaleza física o psicológica o de ambas a la vez, o si hemos de representarnos por Estado una sustancia o un contenido de hechos. La teoría naturalista del Estado[6] forma una variante de esta doctrina, la cual es algo más clara en cuanto opone el aspecto jurídico del Estado a su existencia natural. Esta existencia natural considérala, por lo común, como objetiva y como desarrollándose en el mundo de las cosas exteriores y no en el mundo interno e individual, y comparte, a causa de esto último, la falta de claridad y la superficialidad que es común a las teorías que consideran al Estado como un puro hecho. A éstas pertenecen igualmente todas aquellas que buscan la verdadera naturaleza de aquél en hechos sociales o en relaciones sociales de poder. Frecuentemente se contentan con palabras y confunden, aun desde su punto de vista, la causa del Estado con el Estado en sí mismo. Tal manera de considerar la cuestión hace imposible una teoría jurídica del Estado para un pensamiento consecuente, ya que quedan sin distinguir el hecho y el derecho.[7]

[5] Véase, por ejemplo, Jordan, *Versuche über das allgemeine Staatsrecht*, 1828, pp. 15-16. K. J. Zachariae, *op. cit.*, I, p. 51: "No hay que decir que el Estado es y permanece lo que es y debe ser, según la noción genérica de él: un hecho o una relación de hechos consistente en que los hombres en su totalidad o en parte, están sometidos a un mismo poder jurídico". Zöepfl, *op. cit.*, I, p. 1: "El hecho de encontrarse varias familias establecidas de un modo duradero en un territorio determinado y reunidas en forma de población, se llama Estado". Seydel, *Grundzüge der allgemeinen Staatslehre*, p. 2: "Para nuestra ciencia, el Estado es puramente un hecho". Bornhak, *Preussisches Staatsrecht*, 1888, I, pp. 65 y ss. Rehm, *Staatslehre*, p. 11. Puede verse otra modificación del mismo pensamiento en Rotteck, *op. cit.*, 2, p. 45: "El Estado, en cuanto fenómeno, nos es dado". Duguit, *op. cit.*, I, p. 15: *"L'État, c'est la force matérielle qu'elle que soit son origine, elle est et reste un simple fait"*.

[6] Véase, por ejemplo, Schleiermacher, *op. cit.*, p. 2, n.: "Nosotros consideramos al Estado únicamente como un producto de la naturaleza (φύσις)". C. Frantz, *Naturlehre des Staates*, p. 10 ss. En lo que respecta a este último autor, así como en lo que concierne a Planta que tiene análogos puntos de vista, véase Van Krieken, *Über die sogenannte organische Staatstheorie*, 1875, pp. 75-76. Últimamente B. Schmidt, *Der Staat*, pp. 1 y 2, se ha expresado del modo siguiente: "El Estado, precisamente, tiene una existencia objetiva propia, una existencia de hecho, de igual modo que cualquier otro cuerpo natural". La existencia de este cuerpo está asegurada por una fuerza natural: el impulso de asociación. Semejante concepción reposa sobre la identificación de la oposición entre el mundo físico y el mundo psíquico y cae dentro del dominio de la metafísica realista.

[7] Comparte en Francia esta concepción Duguit, vol. I, p. 9. Declara que el Estado es *"un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles"*. ¡Una invasión enemiga en tiempo de guerra ofrecería, pues, la imagen de un Estado! Esta doctrina conduce a la teoría de la dominación. Véase *infra*. A Duguit, cuyas ideas fundamentales son rechazadas en Francia, se ha unido Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, París, Nancy, 1904, pp. 15-16. Hauriou, *Précis du droit administratif et de droit public général*, 5ª ed., París, 1903, considera al Estado de un modo dualista: como *"organisme public"* y como *"milieu de vie"*. Igualmente Polier y De Maraus (discípulos de Hauriou), en la obra *Esquisse d'une théorie des États composés*, Tolosa, 1902, p. 34, distinguen entre *"État-Persone"* o *"État Puissance"* de *"État-Milieu"*. Pero no

El Estado en cuanto estado ("als Zustand")

La etimología de la palabra Estado nos conduce a esta teoría que hallamos ya en distintas formas en la doctrina del derecho natural. El Estado es considerado por esta escuela como *status civilis* en oposición a *status naturalis*, o más bien, ve primeramente en el Estado la cualidad de los individuos que viven en él. Por esto se considera el Estado como una situación o estado, y más directamente como un Estado de dominación.[8] Es una variante de esta doctrina aquella que concibe al Estado como relaciones de dominio.[9]

La teoría que examinamos tiene dos derivaciones que se repiten entre las doctrinas jurídicas. Mas nosotros sólo hemos de examinarla como doctrina del ser objetivo del mismo. La relación de dominación habrá de expresar el ser verdadero que incide en el fundamento de la representación del Estado.[10]

Esta doctrina desconoce que cada situación o estado se compone de una ilimitada variedad de relaciones que jamás son algo meramente objetivo, que no son ningún *concretum*, sino una abstracción de innumerables relaciones de voluntad, individualizadas. Este punto de vista realista es incapaz de comprender ni la unidad del Estado ni su continuidad, sino que más bien hace consistir aquél en una variedad de relaciones de poder que se suceden las unas a la otras. En tanto existan hombres sometidos al poder, habrá Estados de dominación. La relación de un señor con respecto a un individuo súbdito consiste, visto de cerca, en una serie de actos de dominación. Toda unidad de estas relaciones nunca es real fuera de nosotros, sino que nace en nosotros mediante síntesis que se perfecciona en la intimidad del sujeto. Por consiguiente, la relación individual de dominio nunca es algo puramente objetivo, ya que se desenvuelve en la vida interna individual. La cuestión acerca del lazo que une entre sí la variedad de las relaciones volitivas jamás la suscitan los represen-

dicen de una manera precisa en qué consiste este *milieu* en el cual, según ellos, se ha de buscar la esencia social del Estado.

[8] Por ejemplo; Kant, *Metaphisische Anfangsgründe des Rechslehre*, § 43: "La situación de los particulares en el pueblo, considerados en sus relaciones recíprocas, se llama estado civil *(status civilis)*, y la unidad total, en sus relaciones con sus propios miembros, Estado *(civitas)*". Igualmente L. V. Haller, con su teoría contraria al derecho natural, debe colocarse en la misma orientación; en su obra *Restauration der Staatsw.*, I, p. 463, llama al Estado: "la más alta gradación de relaciones naturales de servicio y de relaciones sociales"; más tarde Zöpfl, *op. cit.*, I, Estado: estado de dominación. H. Bischof, *op. cit.*, p. 31: Estado: estado particular de sometimiento de todas las voluntades, formadas por una variedad de elementos sociales establecidos en un territorio determinado, a una voluntad.

[9] U. A. Zachariae, *op. cit.*, vol. I, p. 43: "El Estado objetivamente significa: el Estado *(status* en sentido estricto) relación de derecho entre el todo y sus miembros". E. Lingg, *op. cit.*, p. 6, Estado: relaciones de dominio de un pueblo dentro de un determinado territorio.

[10] Mostrar esto es el propósito de Lingg en la obra ya citada.

tantes de esta doctrina. La antigua concepción del Estado del derecho natural no se presenta nunca aisladamente, sino unida a alguna otra.

Identificación del Estado con uno de sus elementos

Para huir de las ficciones jurídicas y comprender la existencia natural del Estado, anterior a la vida de toda jurisprudencia, debemos buscar la esencia objetiva de aquél en uno de los elementos que lo constituyen y que aparentemente se nos muestran con existencia real. Estos elementos son: tierra, pueblo y señor, dominador o soberano. En la teoría patrimonial del Estado se ha tratado de identificar el territorio y éste, pero tales doctrinas no han alcanzado gran predicamento. En cambio, los otros dos elementos constitutivos del Estado se presentan a menudo como lo esencial del Estado mismo.

A. El Estado como pueblo.—Parece a primera vista evidente que el Estado y los hombres que lo componen son una misma cosa, por lo que una de las más antiguas teorías es aquella que equipara al Estado con el pueblo. Ella forma la base de las concepciones de los antiguos, desempeña un gran papel en la doctrina del Estado de la Edad Media, en la que frecuentemente se considera el pueblo como la fuente de toda organización del derecho público, y es más, en ella descansan las teorías modernas sobre la soberanía de aquél, e influye en la del poder constituyente. Según esta teoría, a consecuencia de la división de los poderes del Estado, sólo puede nacer dicho poder, del pueblo, que es en donde están virtualmente contenidas todas las funciones del Estado.[11]

El error de estas doctrinas no es difícil de descubrir. Confunden la convivencia de los individuos tomados aisladamente con la concepción del pueblo comunidad. Un pueblo es tal, mediante la acción unificadora de la variedad de los hombres que la forman, llevada a cabo por la organización.[12] Ésta sólo es posible cuando unos mismos principios jurídicos rigen para una pluralidad, que queda elevada a unidad en el acto de reconocimiento. El pueblo, que parece de una realidad evidente, se ofrece,

[11] Esto está expresado de un modo claro en el preámbulo de las Constituciones de los Estados particulares de la Unión Americana, las cuales comienzan con esta declaración: *"We the people of [...] do ordain and establish this Constitution"*. Y la Constitución de la Unión principia con estas palabras: *"We the people of the United States [...] do ordain and establish this Constitution for the United States of America"*.

[12] La doctrina del derecho natural acerca del Estado bajo el influjo que por tanto tiempo se ha hecho sentir, de Pufendorf, consideraba que el pueblo consistía en un *pactum unionis*, pero aún no organizado. Es decir, antes de que él mismo tomase una conclusión sobre su constitución obrando como sujeto soberano. Esto mismo puede verse en Rousseau, *Contrat social*, I, 5, para el cual, antes de implantarse todo gobierno, el pueblo establece, mediante un contrato social, el principio de las mayorías.

considerado más de cerca, como un concepto jurídico que no coincide con los individuos aislados. Él es independiente de la personalidad de los que viven en un momento dado, porque perdura en tanto que los otros cambian; su voluntad es imperecedera; las conclusiones de una generación pasada alcanzan a la actual y a la futura hasta que un acto contrario de voluntad le niega la fuerza para obligar. La misma voluntad popular no es la voluntad física de una unidad, sino una voluntad jurídica formada por actos físicos voluntarios, sobre la base de proposiciones de derecho, pues de la voluntad de varios jamás se forma, psicológicamente, una voluntad única, mucho menos cuando hay frente a frente y disintiendo, una mayoría y una minoría. Los actos de voluntad de los hombres no pueden ser objeto de una adición y una sustracción que hagan que a tales operaciones aritméticas corresponda un hecho real. Más bien es preciso sentar como base firme una proposición jurídica que ordene y dé el valor de voluntad general a lo que sólo es una voluntad relativa compuesta de dos tercios, tres cuartos, etc., pues el principio de la voluntad general no es un principio que se pueda comprender como evidente. Históricamente, el principio de la mayoría se desenvuelve lentamente, y ha habido muchos casos en que ha faltado por completo. La doctrina del Estado como pueblo, que a primera vista parecía tan realista, aparece como una teoría jurídica confusa, al examinarla más de cerca.

B. El Estado como dominador o autoridad ("Herrscher"). Esta doctrina radica también en una representación ingenua que identifica el Estado con el gobierno. Las personas que ejercen la autoridad han sido consideradas en todos los tiempos por muchos como la encarnación del Estado y, por tanto, como su verdadera realidad. En el mundo cristiano encontró esta concepción un apoyo de gran importancia en las expresiones, tan comunes en el Nuevo Testamento, que sólo afirman del Estado la autoridad.[13] Esta teoría penetra en la ciencia mediante la doctrina absolutista, para la cual pueblo y tierra aparecen puramente como objetos de la actividad del príncipe en cuya acción se encuentra contenida toda la realidad del Estado. La exposición de esta teoría la ha hecho principalmente Hobbes, según el cual, el pueblo unido por el contrato que es el fundamento del Estado se somete al príncipe o a la asamblea dominante. De este modo se transmite al señor la voluntad de la comunidad. A pesar de que Hobbes explica el Estado como una persona colectiva, esta persona sólo es el objeto exterior sobre el que se afirma el poder del

[13] "Epístola a los romanos", 13, 1-7. A Tito, 3, 1. A Pedro, I, 2, 13-17. Orden del Estado: Orden del emperador. "Actos de los ap.", XVII, 7. Cuando Jesús habla de un reino terrestre lo describe como βασιλειχ, por consiguiente como dominio personal de un príncipe. Mateo, XII, 25; Marcos, III, 24 y 25; Lucas, XI, 17. También el reino de Dios es considerado como el reino de un rey.

Señor. Todo poder del Estado y todo derecho público inciden exclusivamente en la autoridad.[14]

La teoría francesa del absolutismo, tal como fue formulada por Bossuet, declara sin vacilar que todo el Estado se encuentra contenido en el príncipe; así pues, todo el pueblo queda absorbido en éste, a quien eleva a un ser supraterreno.[15] En el siglo XIX, K. L. von Haller ha presentado esta teoría bajo una nueva forma, al considerar que el príncipe precedía al Estado mismo en el tiempo y al tratar de explicar al pueblo como una creación del príncipe.[16] Pero en la época moderna ha reverdecido de nuevo esta doctrina y ha dado un fundamento sólido a la concepción realista del Estado. Sus representantes más conocidos son: Max von Seydel[17] y Bornhak.[18] Seydel cree haber puesto fin a todas las ficciones e imágenes falsas en la doctrina del Estado, al considerar lo real en el mismo, a saber: la tierra y la gente, como el objeto de la actividad del dominador y que forma el aspecto activo del Estado exclusivamente este dominador, el cual se encuentra sobre todo derecho y sobre toda ley. Por consiguiente, tal dominador, soberano frente al Estado, se mantiene en la relación de sujeto a objeto. El dualismo de Estado y soberano que hallamos en esta teoría ha sido salvado por Bornhak, que declara con desenvoltura que dominador o soberano y Estado son una misma cosa.[19] Si se le pregunta de dónde procede la existencia del soberano y de su poder, contestará señalando los hechos en que se muestran las relaciones efectivas de éste.[20]

No son precisas hondas reflexiones para comprender los errores fundamentales de esta doctrina. Un soberano o un dominador con una apariencia tan empírica y realista no es, en rigor, sino una abstracción jurídica, pues sólo considerando al soberano como institución independiente del cambio que es propio a los individuos, se puede evitar la consecuencia que se desprende de esta concepción, a saber: que con la muerte del soberano cese también de existir el Estado. Así pues, concebido el soberano como una persona física, queda destruida la continuidad de la vida

[14] *Elementa Philosophica de cive* VI; Leviatán, XVIII.

[15] Bossuet, *Politique tirée des propries paroles de l'Écriture Sainte,* III, 2-1. *"Les princes agissent donc comme ministres de Dieu et ses lieutenants sur la terre [...] c'est pour cela que nous avons vu que le trône Royal n'est pas le trône d'un homme, mais le trône de Dieu même";* VI, I, 1: *"nous avons vu que tout l'État est en la personne du Prince".*

[16] *Restauration der Staatsw.,* I, 2ª ed., 1820, p. 511.

[17] Véase especialmente *Grundzüge einer allg. Staatslehre,* pp. 1-2.

[18] *Preussisches Staatsrecht,* I, 1888, pp. 63-64. *Allg. Staatslehre,* p. 13.

[19] *Preussisches Staatsrecht,* I, p. 65.

[20] En una nueva forma, aunque con más confusión que en los anteriores escritores, se encuentra también esta teoría en Duguit, I, p. 19: *"L'État pour nous c'est l'homme, le groupe d'hommes, qui en fait, dans une société, sont matériellement plus forts que les autres".* El derecho ha de coincidir, pues, con esta voluntad del más fuerte si ha de ser la expresión de la solidaridad social, con lo cual falta todo criterio objetivo por el que pueda reconocerse si existe o no un principio de derecho.

del Estado. Para los seguidores de esta teoría, tal como la exponía la escuela del derecho natural, era más fácil evitar esta consecuencia gracias a la construcción apriorística sobre la que levantaban ellos todo su edificio. Mas los realistas modernos se encuentran dentro de una contradicción insoluble. Rechazan las ficciones jurídicas y, no obstante, fingen una persona real desligada de su sustrato físico y, además, por obra de una *generatio aequivoca,* explican la ley de la sucesión al trono mediante una ley que da el soberano y en razón de la cual adviene él en tal soberano.

Quien concibiese como unidad una serie de hombres coexistentes estaría en un error, según la doctrina de que venimos ocupándonos; pero, cosa inaudita, quien considerara en cambio una variedad de individuos cuyas vidas se suceden, como un individuo, se fundaría, según ella, en la realidad. Esta teoría, además, quiere considerar al pueblo como una unidad; pero no sabe decir de dónde procede esta unidad. Como se ha mostrado a propósito de la teoría del Estado en cuanto estado, si 100 000 hombres son dominados por uno, estos 100 000 continúan siendo individuos que están separados unos de otros, cuya unidad, desde el punto de vista realista, es una ficción. El realismo y el empirismo de esta doctrina no es otro, en rigor, que el popular y común en las investigaciones modernas sobre lógica, psicología y teoría del conocimiento, según las cuales sólo tiene verdadera existencia lo que es perceptible por los sentidos, y les ocurre, como no podía ser menos, que no les es posible ser consecuentes con este punto de vista.[21]

El Estado como organismo natural

De entre la variedad de aspectos que ofrece la teoría orgánica del Estado, hemos de mencionar en este lugar aquel que considera el Estado como una formación orgánica de carácter físico, con una existencia condicionada por leyes naturales, existencia que es independiente de la de los individuos que lo forman.[22] Entre estas doctrinas se han de contar las que consideran al Estado, en su exterior, de un modo análogo a los organismos naturales, e internamente, como un organismo ético espiritual. Pertenecen a ellas singularmente, las teorías antropomórficas que, al ejemplo de Platón, conciben al Estado como un hombre en grande.[23] Los excesos que principalmente se reprochan a la doctrina orgánica del Estado nacen, muy especialmente, de esta tosca concepción sensible del orga-

[21] Véase Jellinek, *System der subj. öff. Rechte,* pp. 25-26.
[22] Véase nota 6 citada anteriormente, p. 163.
[23] Por ejemplo, Bluntschli, *Études psychologiques de l'État et de l'Église,* 1884. Van Krieken cita otros muchos autores, *op. cit.,* pp. 81-82.

nismo. La investigación que hemos de hacer de ella no la desligará de la conexión que mantiene con la doctrina general orgánica del Estado.

b) Teorías que consideran al Estado desde un aspecto predominantemente subjetivo

Concepción del Estado como organismo ético-espiritual ("Geistig-sittlicher")

Que el Estado es un organismo, lo ha afirmado la ciencia del Estado en todos los tiempos. En la Antigüedad, Platón concibió el Estado como un hombre en grande, en el que existían los mismos elementos psicológicos que en el individuo. En la Edad Media, la analogía del Estado con el organismo humano se generaliza, a partir de J. Salisbury,[24] tanto más cuanto que el *pendant* del Estado, la Iglesia, aparece, según la expresión paulina de que todos somos miembros de un cuerpo,[25] como la unidad de todos los creyentes en el cuerpo de Cristo. La expresión de san Pablo ha ejercido gran influjo en la concepción orgánica de las relaciones de la comunidad.[26] Se opone a estas concepciones la doctrina del Estado de la escuela de derecho natural, la cual siempre parte de la concepción del individuo abstracto, a quien considera como el átomo de que se forma un Estado, y considera a éste, a su vez, como una gran sociedad libre formada artificialmente por los individuos. Si en estas doctrinas se encuentra ocasionalmente, como en la de Hobbes, alguna imagen alusiva a una concepción orgánica, es para ellas, en realidad, el Estado, un mecanismo complicado inventado por el hombre. En la reacción contra el derecho natural, la teoría orgánica reaparece con una nueva forma. A la doctrina del estado primitivo de naturaleza, se opone la aristotélica de la prioridad del Estado, al que explica como una institución originaria, e independiente, por tanto, de la conciencia reflexiva de los individuos. Y es más, el propio desarrollo, florecimiento y desaparición de los Estados, considéranse efectos de fuerzas independientes del arbitrio humano; esta concepción es una exigencia primordial para la escuela histórica del derecho, cuyos fundadores han explicado el proceso de formación del mismo, atribuyéndolo a la acción instintiva del espíritu popular.

La nueva teoría orgánica se presenta con un carácter diferente. A veces, como hemos visto, renueva la doctrina moderna, según la cual, el Estado es un organismo natural análogo al hombre, y da lugar a las más arbi-

[24] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 549-550.
[25] "Epístola a los Romanos", 12, 4-6. "A los Corintios", I, 12, 12-31.
[26] Sobre el influjo de la representación del *Corpus misticum Christi* en la doctrina del Estado y de la sociedad en la Edad Media, véase Gierke, *op. cit.*, III, pp. 517-518, 546-547.

trarias y fantásticas afirmaciones; pero otros más reflexivos postulan un género especial de organismo al asignar este carácter al Estado, a saber: organismos colectivos, espirituales, morales, organismos de orden superior. Esta segunda manera de considerar la doctrina orgánica cuenta actualmente con representantes preclaros; hombres de gran saber naturalista participan de esta opinión, como por ejemplo en Alemania W. Wundt.[27] También existen adeptos de esta doctrina entre los filósofos del derecho, teorizadores de la doctrina del Estado y economistas.[28]

Para apreciar esta teoría suficientemente se ha de considerar que el Estado no es el único fenómeno social que trata de explicarse como un organismo, sino que con este carácter se explican el derecho, la economía, los pueblos en particular, la sociedad en general y hasta la humanidad misma. Así pues, junto a la teoría orgánica del Estado ocupa su lugar la teoría orgánica del derecho, la de la economía y la de la sociedad.[29]

Es común a todas estas concepciones orgánicas la negación de la doctrina que considera las formaciones sociales como agregados procedentes exclusivamente de los individuos que las componen, o sea, como sus elementos últimos; es general también a estas concepciones orgánicas el estimar la comunidad humana como una unidad originaria con la que los individuos mantienen la relación de miembros, y por tanto, sólo pueden ser comprendidos partiendo de la naturaleza del todo. Preséntase, pues, la teoría orgánica, como la oposición a la doctrina individualista de la comunidad humana. Pero en todos sus aspectos échase de ver una falta fundamental, que es la de que opera con un concepto que no puede definir. Aún no existe una explicación suficiente de la naturaleza del organismo. Todas las definiciones que lo suponen como un fenómeno, independiente de nuestro modo de considerarlo, esto es, como algo objetivo, no son en rigor sino tautologías, descripciones y, las más de las veces, vagas generalidades. Apenas si es posible encontrar un signo distintivo entre organismo y mecanismo. Si alguna duda cupiera, sería prueba de ello la definición de Wundt sobre el organismo.[30]

[27] *System der Philosophie*, 2ª ed., 1897, pp. 616-617.

[28] Para la literatura antigua, véase Von Krieken, *op. cit.*, pp. 101-102. Entre los autores modernos es preciso mencionar singularmente a Lasson, *op. cit.*, pp. 289-290; Gierke, *Zeitschrift für die gesamte Staatsw.*, XXX, pp. 170-171. Véanse igualmente sus obras sobre el derecho de asociación, así como *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 137-138, y su discurso rectoral: *Das Wesen der menschlichen Verbände*, 1902; Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, 1889; *Über Organpersönlichkeit, Schmollers Jahrbuch.*, XXVII, pp. 557 ss.; *Stellvertretung oder Organschaft, Iherings dogmatische Jahrbücher*, 1902, pp. 429-430; *Das städtische Amtsrecht in Preussen*, 1902; Schäffle, II, p. 434, éste no reconoce a los fenómenos otro valor que el de meras analogías.

[29] Sobre la doctrina orgánica de la sociedad, véase Barth, *op. cit.*, pp. 90, 166; Kistiakowski, pp. 19-20.

[30] Wundt entiende por organismo en general, *System*, p. 616, "toda unidad compuesta cuyas partes, o sean unidades más sencillas de propiedades análogas, son al propio tiempo

Sólo es posible dar una explicación que pueda satisfacer acerca del organismo, si se parte del concepto fin, porque la esencia del organismo es de naturaleza teleológica.[31] Todas las funciones orgánicas tienen un fin en relación con el todo, y el todo, a su vez, tiene relaciones de finalidad con sus partes. Para comprender un fin objetivo sería preciso superar las facultades de nuestro entendimiento. Para el conocimiento empírico de la naturaleza, los hechos orgánicos únicamente pueden ser efectos de un complejo mecanismo. El objeto de la ciencia natural, según opinión de la mayor parte de los naturalistas, consiste en reducir los hechos de apariencia orgánico-teleológica a hechos mecánico-atomísticos.[32] La nueva dirección en la biología, según la cual este objetivo es inasequible y no derivable de un principio particular que domine el orden mecánico, afirma que el fenómeno de la vida no puede darnos una conclusión acerca de las fuerzas capaces de formar lo orgánico; se encuentra ante un enigma que los métodos exactos de las ciencias naturales no pueden aclarar.

El concepto de organismo es, pues, el resultado de una concepción especial. Un género determinado de fenómenos y hechos exteriores con continuidad espacial y temporal se reduce a unidad en nuestra conciencia, mediante un orden de consideraciones teleológicas, sin que podamos afirmar con fundamento suficiente que a esta síntesis que internamente hacemos corresponda una unidad análoga objetivamente.[33] Y si afirma-

miembros u órganos que sirven para el todo". Pero él mismo tiene que convenir en que esta definición es igualmente aplicable a los cuerpos inanimados y que "una máquina, una obra de arte o una obra de la ciencia, pueden ser llamadas organismos". Sobre la dificultad de separar organismo y mecanismo, véase Brücke, *Vorlesungen über Phsysiologie*, I, 1874, pp. 1 ss.; La única diferencia entre el primero y el segundo consistiría en la capacidad que posee el primero de asimilarse materias extrañas. Véase también Blüntschli, *Mechanismus und Vitalismus*, 1901, pp. 62-63; Mach, *Die Analyse der Empfindungen*, 2ª ed., 1903, pp. 81-82. Junto a estas afirmaciones de especialistas parecen muy superficiales las de Preuss, *op. cit.*, p. 140. Este último *(Über Organpersönlichkeit, op. cit.*, pp. 121, 575) se consuela pensando en la impotencia de la ciencia para suministrar una explicación satisfactoria del organismo; pero esta confesión, para quien tenga fe en la doctrina organológica, ha de ser desoladora.

[31] Un producto orgánico de la naturaleza es todo objeto en que no hay nada que no sea fin y medio al mismo tiempo; Kant, *Kritik der Urteilskraft*, § 75. Sobre la relación entre el concepto del organismo y la representación de fin, véanse las observaciones acertadas y sagaces de Sigwart, *op. cit.*, II, pp. 428 ss., y especialmente, pp. 254-255. Véase Wundt, *op. cit.*, pp. 315-316 y 538-539.

[32] Entre los fisiólogos contemporáneos pueden verse L. Hermann, *Lehrbuch der Physiologie*, 10ª ed., 1892, p. 6; Landois, *Lehrbuch der Physiologie des Menschen*, 2ª ed., 1881, pp. 14-15; J. Steiner, *Grundriss d. Physiologie d. Menschen*, 4ª ed., 1898, pp. 2 ss.

[33] La biología, en sus comienzos, operó en el concepto "fuerza vital" como organizadora de lo objetivo. La biología moderna ha ido rechazando este principio organizante como propio del orden de la fantasía. Véase Hermann, *op. cit.*, pp. 5-6. Los mismos ensayos neovitalistas actuales distan mucho de construir el organismo total sobre la base de las fuerzas vitales. Bruno Schmidt, por el contrario *(op. cit.*, p. 2, compárese también 111 y 116), hace descansar los organismos animales y vegetales, y aun el propio Estado, en esa fuerza de que hemos hablado y que la ciencia rechaza.

mos tal unidad con una existencia de tal carácter, nos hallamos dentro del campo de la metafísica. La afirmación de que el organismo como tal existe fuera de los juicios de nuestra conciencia, tiene el mismo valor de verdad que la concepción de que independientemente de nuestras sensaciones existe un mundo de colores y tonos.

Esta objeción tiene aún más sentido a propósito de la doctrina del organismo social. El que consideremos la variedad de fenómenos que nos ofrecen los hechos sociales de un modo confuso y desordenado, como unidades de diversa naturaleza, tiene una razón de ser, que es la de que sin la capacidad de formar síntesis subjetivas, no existiría para nosotros ni el mundo del sentimiento ni el mundo del conocer ni el mundo de la acción. Pero añadir a esta síntesis un valor de verdad objetiva, es saltar de lo empírico a lo metafísico. Si partiendo de los fundamentos de la hipótesis orgánica, consideramos al Estado como una unidad interna, e independientemente de nuestro conocimiento, concedemos a esta unidad existencia propia, entonces entramos en la metafísica; porque la teoría orgánica, dígase lo que se quiera, ve en el organismo una esencia, esto es, una sustancia, soporte de las funciones que derivan de él. Aceptar una sustancia real, a la cual se le da el nombre de Estado o sociedad, corresponde a las creencias en el reino de la metafísica, ya se piense esta sustancia como sensible, ya como meramente ideal.[34]

El organismo moral o espiritual, la personalidad orgánica, devienen esencias místicas, cuando se las utiliza como medios para síntesis de fenómenos, como acontece, por ejemplo, en la teoría del espíritu del pueblo y el alma del mismo, que aparecen como verdaderos fantasmas, si se olvida que su valor sólo puede consistir en ser abreviaciones de procesos psicológicos complicados, no susceptibles de ser descifrados en sus detalles. La teoría orgánica, por tanto, considerada desde el punto de vista de la teoría del conocimiento, no es una doctrina de la existencia objetiva del Estado, sino del Estado tal como se ofrece a nuestras consideraciones subjetivas teleológicas, cuya significación trascendente no podemos conocer.

[34] Mi posición respecto a la doctrina orgánica es igual a la que toma la teoría crítica del conocimiento frente a la dogmática. Las nuevas observaciones de Gierke, aunque no de un modo explícito, están dirigidas contra mí (véase Gierke, *Das Wesen der Menschlichen Verbände*, 1903); estas observaciones no prueban la posibilidad de la existencia objetiva de un organismo social, sino que nos enseñan a conocer puramente una profesión de fe, y quedan fuera de las cuestiones teóricas que plantea el problema del conocimiento. Véase también Preuss, *Über Organpersönlichkeit*, *op. cit.*, p. 575. Explica la vida como una gran x; pero opina que el hecho de que exista una diferencia esencial entre el concepto de organismo vivo y mecanismo muerto, debe ser aceptado como un dato real, con lo cual él se muestra como un metafísico no crítico que ofrece a la investigación un fin dogmático, allí donde precisamente comienza el verdadero problema científico. Véanse por último las excelentes observaciones de Max Weber, *Schmollers Jahrbuch.*, XXVII, p. 35, donde muestra muy acertadamente que Gierke hipostasía un contenido sentimental.

Una crítica científica que se base sobre datos ha de apartarse completamente de la hipótesis de la formación social como organismo real y existente, pues tal organismo no es sino trascendente. Habremos de examinar únicamente, pues, si la hipótesis orgánica es admisible como una forma de síntesis de los hechos sociales que tienen lugar fuera de nosotros.

Resulta de aquí, en primer lugar, que la traslación de la representación de organismo a la sociedad está muy poco justificada,[35] porque a la sociedad le falta, sobre todo, la limitación exterior, la exclusión que al organismo acompaña. Un cuerpo social no existe ni aun en la abstracción, ya que la sociedad supera los límites del Estado, sin que pueda decirse dónde tiene su fin. Por último, la sociedad carece de unidad interna, cuya comprensión es uno de los fines esenciales de la teoría orgánica, y le falta sustancialidad en nuestra representación.

Otra cosa es lo que ocurre con el Estado y con el concepto que va unido a él: el de pueblo. El Estado se nos ofrece como la unidad interna de su pueblo guiado por una voluntad. La hipótesis orgánica establece ciertas analogías de relaciones y caracteres entre los organismos naturales y el Estado y el pueblo, con lo cual cree hacer más comprensible y haber encontrado una alta forma de síntesis para los fenómenos naturales y políticos. Así acontece con la unidad de la variedad de fenómenos relativos al Estado y el pueblo, en el proceso de cambios que tienen lugar entre él y sus miembros. Lo propio ocurre con respecto a las modificaciones lentas de ambos en el curso de la historia, y finalmente respecto a la correlación en que se encuentran los miembros del todo y las funciones particulares del mismo. Esto es, precisamente, lo que nos hace creer que el todo existe para las partes y las partes para el todo, así como la mutua determinación de unos en relación con otros. Finalmente, la formación irreflexiva y, por decirlo así, naturalista de las instituciones de derecho público, parece oponerse a la derivación de estas instituciones de la voluntad consciente y reflexiva de los individuos; más bien son producto de fuerzas potentes, en las cuales el arbitrio humano sólo muy débilmente puede influir para modificarlas, si es que le es posible, en alguna medida.

Pero estos hechos nos ofrecen únicamente analogías, oponiéndolos mutuamente, diferencias profundas. Junto a la formación irreflexiva de las instituciones sociales, hállase esta otra que todos los días podemos advertir: la formación consciente de las mismas. El edificio entero de un Estado puede experimentar repentinamente la más poderosa transformación. Los Estados no crecen y desaparecen como los organismos porque no están sometidos cual éstos a las leyes de la evolución y de la

[35] Véanse las acertadas observaciones de Rümelin, *Reden und aufsätze*, III, pp. 263-264.

regresión.[36] Les falta además lo que es peculiar de lo orgánico y lo que constituye el punto central de todo lo vivo: la renovación mediante el cambio de generaciones: no pueden reproducirse. Sólo es posible querer representar el nacimiento de los nuevos Estados como un proceso de reproducción de cualquier clase que sea, para aquellos que se sirven de vagas analogías. El reino alemán e Italia, los Estados de los Balcanes y Cuba, para referirnos sólo a los tiempos más modernos, deben su existencia a la espada, que no es, ciertamente, un medio orgánico de procreación. A lo más podría descubrir este fenómeno una desbordada fantasía en la colonización, que habrá de extinguirse cuando se ocupe toda la tierra. Los partidarios de la doctrina orgánica llaman a las instituciones de derecho público que ellos rechazan, inorgánicas, cuyo término contiene ya la negación de toda la doctrina orgánica, puesto que en la vida de un organismo no puede existir nada que no sea orgánico: la enfermedad, la atrofia, la falta de vigor, etc., son procesos orgánicos. Que sólo el organismo típico y perfecto tenga derecho a la existencia o, lo que es lo mismo, que haya un deber para el organismo, es una afirmación arbitraria y desprovista de valor científico.

Pero la teoría orgánica se encuentra enlazada estrechamente con la afirmación de un organismo normal, y a causa de esto, deviene una doctrina política, puesto que se trata ya de un tipo ideal del Estado sobre el cual habrán de gravitar los juicios relativos a la vida del mismo.[37] Pero precisamente en la descripción de este tipo es donde se muestra más claramente la arbitrariedad. Como es imposible dar una definición clara de lo orgánico, sucede que emplea dicha escuela esta palabra allí donde le falta un concepto. También se da en la literatura organológica este fenómeno: que en vez de proceder paso a paso y científicamente en sus construcciones, la teoría orgánica a menudo corta la discusión con un acto de autoridad, y en vez de explicar, recurre a una imagen y con ello le basta, por lo que acontece que no hay doctrina alguna tan rica en excesos de fantasía subjetiva, como ésta. Falta a los autores partidarios de esta teoría una visión clara de la naturaleza de la investigación metodológica, a la que identifican con analogías e imágenes. Últimamente han to-

[36] Bastará con que se piense en la historia de los Estados del pueblo alemán para comprender que el desarrollo, florecimiento y decadencia de un Estado no tienen nada en común con los fenómenos naturales orgánicos. ¿Cuándo ha florecido el Estado alemán, bajo la casa de los Hohenstaufen o bajo la de los Hohenzollern? ¿Y significa el *interregnum* la guerra de los 30 años o la paz de Luneville la decadencia? ¿Había muerto el organismo del Estado alemán en 1806? Si se contesta afirmativamente a esta cuestión, la teoría orgánica se vería obligada a una explicación que no tiene analogismo posible en la biología, cual es la doctrina de la resurrección.

[37] Esto pasa también en las ciencias naturales. Así, por ejemplo, Hertwig se limita a establecer vagas analogías entre el Estado y los organismos normales. Véase Hertwig, *Die Lehre vom Organismus und ihre Beziehung zur Sozialw.*, 1899, pp. 18-19.

mado el hábito de recurrir a los métodos de las ciencias naturales y olvidan la profunda distinción entre los hechos sociales y los naturales, y confunden, además, como hemos visto, lo que corresponde a las ciencias naturales con lo que concierne a las empíricas y a las exactas.[38]

Puesto que la teoría orgánica trabaja principalmente valiéndose de analogías y no puede alcanzar un conocimiento real, es mejor, por consiguiente, deshacernos completamente de ella, porque los peligros de las analogías falsas son mucho mayores que el beneficio que puedan reportar si se acierta. Además, olvida dicha teoría la necesidad en que se encuentra el Estado de una actividad permanente, reflexiva, con un fin constante, porque sin ella no sería posible que existiese él un momento. Pero dados los principios de esta teoría no le es posible explicar tal actividad.

Aún más enérgicamente ha de rechazarse aquella doctrina que afirma la existencia de una variedad de organismos sociales que coexisten, y que deberían abarcar en calidad de miembros a los mismos individuos, a saber: al Estado, la Iglesia, las corporaciones, y ha de rechazarse porque contradice incluso las propias analogías biológicas, que sólo pueden concebir a un miembro como formando parte de un todo. La teoría que trata de evitar una de estas faltas, la que habla de un organismo total que encierra en sí los organismos parciales, es inaplicable a las relaciones sociales porque no es posible encontrar un organismo social supremo. Ni puede concebirse jamás a la Iglesia meramente como un miembro del Estado, ni mucho menos al Estado como un miembro de la Iglesia. Pero si se pusiese a la humanidad como aquel organismo supremo, entonces llegaríamos a rebasar con esta feliz hipóstasis de la especie, el propio realismo escolástico.

La misma historia de la doctrina orgánica prueba claramente cuán escaso es su valor científico, pues el concepto de organismo ha nacido del de mecanismo, es decir, ordenación humana conforme a un fin, y órgano,

[38] Lo que sucede con la doctrina orgánica, sucede también con su modo de investigación: una y otro viven de un falso monismo. La investigación naturalista, basada en el experimento, en la observación sensible, en la medida y peso, utilizando sus instrumentos propios es, a causa de esto, atendiendo a su objeto y medios de conocimiento, una ciencia enteramente separada de las ciencias sociales, y cuanto haya dado a éstas el método llamado de las ciencias naturales, no son sino hipótesis infundadas que se crean un día y al siguiente han menester de destrucción. No hay una sola proposición firme en las ciencias sociales (y me aventuro a hacer esta afirmación de una manera apodíctica) que se haya alcanzado gracias a ese método de investigación llamado *exacto*. Que la observación y la fijación de lo dado, son el punto de partida de todas las disciplinas de las ciencias sociales, no es una novedad que hayan traído a la conciencia científica las ciencias naturales, sino que este axioma proviene de la concepción de la totalidad de lo que existe, como un dato empírico común a toda ciencia humana. La fundamentación del método empírico, en oposición al especulativo, ha sido en no escasa medida la obra de la filosofía moderna: Bacon, Locke, Berkeley, Hume y Descartes, Spinoza y Kant han desarrollado de una manera amplia para todas las disciplinas, los principios generales de la experiencia científica.

originariamente no ha significado otra cosa más que instrumento. El concepto del organismo es, según su origen, un concepto antropomórfico en que el hombre mismo está concebido primeramente como una ordenación conforme a un fin.[39] La ciencia moderna ha ido poco a poco llegando a explicar a todo ser vivo como un organismo y a hallar dentro de los fenómenos enigmáticos de la vida la nota diferencial entre lo orgánico y lo mecánico. El conocimiento de la teología inmanente que ofrece el organismo, y que es un principio heurístico de tanta importancia para la biología, lo hemos tomado de una analogía con nuestras acciones conscientes del fin, porque éste, el fin, es un principio ofrecido a nosotros exclusivamente por nuestra conciencia. Mas querer conocer las relaciones humanas mediante su comparación con imágenes y funciones que sólo pueden ser asequibles a nuestro entendimiento aplicando a ellas las representaciones que tenemos del mundo exterior es, por lo menos, un rodeo superfluo.

De todo lo cual se deduce que la noción científica del Estado corresponde a una categoría que es sustantiva e independiente de toda analogía.

El Estado como unidad colectiva o de asociación ("Verbandseinheit")

Los antiguos hicieron ya la afirmación de que el Estado representa una unidad permanente de hombres asociados, esto es, una unidad colectiva. Esta representación, a la que sirven de intermediarias las categorías de κοινωνία, *societas, res publicæ, cætus,* procede del pensamiento de la Antigüedad. Mas entonces iba unido esencialmente este género de conceptos al fin de la asociación, y como no se usaba de imágenes orgánicas, la cuestión relativa a la estructura de las asociaciones quedaba relegada. La teoría medieval de la corporación y la moderna del derecho natural parten, para su construcción, de la idea de una asociación a la que asignan exclusivamente un carácter jurídico, sin que se planteen la cuestión acerca del sustrato histórico-social del Estado en un sentido jurídico, o al menos sin que esto sea claro para ellos. El derecho natural concibe siempre a los hombres dentro del Estado como una *unio*, esto es, como una reunión de varios en una unidad.[40]

[39] Véanse sobre esto las observaciones detalladas, insertas en el *System der Subj. öff. Rechte*, pp. 34-35, y la historia de los conceptos "mecánico y orgánico", en Eucken, *Geistige Strömungen der Gegenwart*, 1904, pp. 125-126. Es interesante en particular ver cómo antes del siglo XIX, lo orgánico y lo mecánico no se pensaban como cosas opuestas. Cuando Preuss, *op. cit.*, p. 558, dice que sólo puede tener órganos un organismo, denota con esto una ignorancia completa de la evolución del concepto órgano.

[40] Althusius, *Política*, v, 1, donde se encuentra el concepto de la *Consociatio publica*. En

La idea de la unidad colectiva, expresada de una manera más o menos clara, se encuentra en la mayor parte de los escritores modernos de derecho público al tratar de la naturaleza social del Estado.[41] Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por Gierke, pero el mismo autor no separa suficientemente la teoría de la asociación de la teoría orgánica; se declara partidario de esta última, mas no establece una oposición clara entre estos dos modos de concebir el Estado, y su estudio acerca de la corporación —que es extraordinariamente importante— lleva consigo una teoría de la existencia prejurídica del Estado, en la que aparece éste como una organización firme y de fines permanentes por obra de los cuales recibe unidad. Esta unidad se diferencia de la de los individuos que la componen, y sin embargo sólo existe mediante la pluralidad y en la pluralidad de ellos.[42] Bernatzik ha hecho más clara la diferencia entre comunidad y persona jurídica dando a la primera el valor de un sustrato posible de la segunda.[43] Posteriormente ha distinguido Haenel el Estado

Grotius, la de *Coetus (Civitas: coetus liberorum hominum juris fruendi et communis utilitatis causa consociatus)*. Posteriormente muchos autores (por ejemplo, Boehmer, *op. cit.*, p. 184) han aceptado esta concepción. Con Hobbes principia la afirmación de que el Estado es una unión de individuos, afirmación que más tarde subraya Rousseau; mediante el *"contrat social"* se crea una asociación, consistente en la unión de los miembros, I, 6. Este mismo pensamiento se repite en la famosa definición del Estado de Kant ("Estado es la unión de una variedad de hombres bajo leyes jurídicas"), *op. cit.*, § 45. De igual modo opinan los innumerables publicistas que hablan de una sociedad-Estado. Entienden por tal la reunión de varios en una unidad, bajo la forma de asociación. De aquí se sigue que el derecho natural ha afirmado enérgicamente la personalidad jurídica del Estado, y por esto, al diferenciar de una manera clara el concepto jurídico del Estado y el sustrato social del mismo, ha sido preciso pensar en este último como si formase igualmente una unidad.

[41] Véase la descripción que hace, por ejemplo, Albrecht (*op. cit.*, p. 1491), del Estado, como comunidad; Zachariae, I, p. 41; H. Schulze, *Einleitung*, p. 121; G. Meyer, pp. 2-3; Brie, *op. cit.*, p. 3.

[42] Véanse sus observaciones profundas: *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung;* también *Deutsches Privatrecht*, I, 1895, pp. 456-457. Conforme a su concepción orgánica fundamental, Gierke concibe el sustrato social del Estado como una personalidad colectiva real o una personalidad corporativa. Sin embargo *(Privatrecht*, p. 471), sostiene que la personalidad jurídica de la corporación no se forma como en el individuo, sino en virtud de un principio de derecho; desde entonces, el derecho podría, a su antojo, conceder o negar la personalidad a estas asociaciones. Se sigue de aquí que, según Gierke, se debería reconocer al Estado una doble personalidad: una personalidad colectiva real y una personalidad jurídica. Esta oscuridad debe atribuirse a la teoría orgánica, y puede evitarse si sustituimos el concepto de persona colectiva por el único que es suficiente desde el punto de vista nosológico: el de la unidad colectiva. Está de acuerdo con Gierke en los principios, Regelsberger, *Pandekten*, I, 1893, pp. 289-290. En la p. 303 describe el sustrato social de la corporación de una manera más clara, como unión de personas. También Rehm, *Staatslehre*, en las pp. 159-160, suscribe la doctrina de la doble personalidad del Estado.

[43] Véanse sus acertadas observaciones en *Kritische Studien über den Begriff der juristischen Person, Arch. f. öff. Recht*, V, pp. 242-243. También ha demostrado Bernatzik de una manera satisfactoria, en las pp. 275-276, que todo lo que hay de sólido en la teoría orgánica está contenido en la doctrina de la comunidad.

como persona corporativa, del Estado como persona jurídica.[44] La unidad de la asociación corporativa es de una índole particular. "Consiste en que una variedad de individuos humanos se pongan en comunicación espiritual en vista de un fin, y que esta comunión espiritual, que no es sino la afirmación de un contenido igual de voluntad entre los que participan de la comunidad, llegue a adquirir realidad por obra del poder de las voluntades de los órganos directores y de los miembros de que constan éstos." Al considerar la unidad real de las asociaciones corporativas e investigar sus propiedades al modo de las de un organismo real, Haenel reconoce que tanto aquel todo, cuanto el organismo, caen dentro de la esfera exclusivamente espiritual y de determinadas potencias morales, esto es, en la esfera que corresponde a los individuos humanos, únicos que pueden influirse y relacionarse unos con otros psicológicamente, y este modo peculiar de unión, que no puede explicarse mediante analogías biológico-psicológicas, no deja por eso de ser menos real.[45] El propio Haenel, que es, de cuantos autores venimos hablando, el que ha tratado la cuestión desde su aspecto nosológico con más profundidad, rechaza el ensayo hecho para fundar esta unidad real en un espíritu común u otra abstracción análoga, por superar estas fórmulas, dice, las posibilidades de nuestro conocimiento.

Todos los partidarios de esta doctrina del Estado-comunidad conciben al Estado, como no podía ser por menos, a modo de una entidad *(ein Wesen)*. El pensamiento necesita sustanciar toda unidad real, y esta sustanciación permite tener un conocimiento exacto, con la condición de que evitemos poner en lugar del sustrato un objeto sensible y postularlo, considerándolo como el fundamento de las relaciones de los miembros particulares de la unidad social. En tanto que exigimos para la unidad de la asociación un fundamento que lo unifique o un sujeto titular, un individuo, no aceptamos ni la ficción ni una abstracción de los hechos dados, sino que meramente aplicamos una categoría del pensar a la síntesis de los fenómenos, categoría que está justificada en la teoría del conocimiento mientras no atribuyamos con ella a lo conocido una realidad trascendente.[46] Estas unidades, que hemos de pensar como esencias o entidades *(Wesen)*, pertenecen a nuestro mundo subjetivo de igual suerte que los colores y los sonidos; mas en el mundo de nuestras acciones,

[44] *Op. cit.*, I, pp. 81 ss. La expresión "corporativa" en vez de "colectiva" para designar el sustrato no jurídico del Estado induce fácilmente a error.

[45] *Op. cit.*, pp. 101-102. Esto es tanto más de admirar cuanto que Haenel, al tratar la doctrina de la personalidad jurídica del Estado, cae de nuevo en la antigua teoría de la ficción.

[46] Sobre el concepto cosa como forma de síntesis, véase Sigwart, *op. cit.*, II, pp. 113-114, y sobre la aplicación de este concepto a lo colectivo, las observaciones interesantes de Kistiakowski, *op. cit.*, pp. 126-127.

dentro del cual tiene su lugar el Estado, podemos únicamente poner los hechos subjetivos de nuestra conciencia y no la realidad objetiva de las cosas que sólo no es cognoscible interiormente dentro de límites estrechos. Para la ciencia constituye un problema el valor relativo de esta manera de considerar las cosas sin rechazarlas de plano; algo distinto de esto sería exigir un imposible.[47]

La teoría de la unidad colectiva o de la asociación explica la unidad del Estado en la variedad de sus miembros, la situación de sus órganos respecto al todo y a las partes, y la continuidad de la existencia del Estado en el curso de las generaciones. Tanto el nacimiento y transformación naturales de los Estados, cuanto su evolución y modificación, pueden ser comprendidos sin contradicción alguna. No se trata de una doctrina política, sino de una doctrina exclusivamente científica que, formulada de una manera adecuada, evita los errores de las anteriores teorías. Pero sólo ofrece el concepto supremo bajo el cual ha de subsumirse el Estado. Porque no son los Estados las únicas unidades sociales, sino que existen infinidad de otras formaciones sociales dentro de ellos. En qué consiste lo peculiar de la asociación estatista, es cosa que habrá de aclararse en otro lugar, ya que aquí nos proponíamos tan sólo ofrecer una perspectiva del cuadro de las categorías fundamentales a las cuales ha de referirse el Estado.

c) Doctrinas jurídicas acerca del Estado. El Estado considerado como concepto jurídico

Puesto que el derecho es esencial al Estado, no es posible un conocimiento pleno del mismo sin tener a la vez un conocimiento de su naturaleza jurídica. Ordenado el Estado mediante el derecho y siendo a su vez conservador y transformador de éste, necesita tener un lugar dentro del mismo. En una palabra, es preciso un concepto jurídico del Estado.[48] Al concepto jurídico le sirven de sustrato los hechos sociales objetivos y aquellos que se desenvuelven dentro de la vida interna del sujeto individual, pues ese derecho necesita partir de datos reales, ya que, cualquiera que sea la manera como se ha creado, tiene un fin, el cual consiste en aplicarse a la realidad de los hechos; pero los hechos reales no son en sí mismos conceptos de derecho; son más bien abstracciones suministradas por las reglas jurídicas positivas que se proponen ordenar la pluralidad de las reglas sometiéndolas a puntos de vista que las unifiquen. Por esto,

[47] Kistiakowski observa muy acertadamente en su *op. cit.*, p. 144: "La sustancia social consiste en la vida espiritual de los individuos y en esta misma vida en común. Para aceptar otra sustancia social y otra alma social, no tenemos fundamento alguno".

[48] En el capítulo XI podrá hallarse una fundamentación más amplia de este principio.

mediante los conceptos jurídicos no se llega a conocer un ser real, como ya se ha dicho, sino normas que han de realizarse mediante los hechos humanos, es decir, que han de ser determinadas. Pero al concepto del derecho, como tal, no le corresponde, fuera de nosotros, realidad alguna; fuera de nosotros no hay más que cuerpos materiales, no cosas en sentido jurídico; no hay *propiedad,* no hay *posesión;* las cosas, en sentido jurídico, nacen por abstracciones de relaciones entre hombres y cosas del mundo exterior, y hombres entre sí, relaciones que están regladas por el derecho. El concepto de la propiedad y el de la posesión son normas regulativas de la relación de los hombres a las cosas; pero propiedad y posesión no son, contra lo que cree el vulgo, cosas asibles o visibles, sino exclusivamente relaciones de cosas o normas a las cuales estas cosas están sometidas.

Si hablamos, pues, de derecho como de entidades *(Wesenheiten),* esto sólo puede tener el valor de una fórmula abreviada para expresar un proceso altamente complicado, del que es preciso tener conciencia para evitar extravíos; pero el jurista no necesita apurar el conocimiento de esto, como al pintor no le es necesario, para los fines de la ejecución de su arte, reducir sus colores a vibraciones del éter. Estos conceptos jurídicos no son ficciones, sino que descansan sobre el suelo firme del mundo dado, del mundo de las normas jurídicas. La ficción es, aplicada a un campo reducido, un medio auxiliar de construcción para extender el campo de la norma jurídica más allá de sus fines originarios, atenuar las severidades del derecho estricto y facilitar la prueba procesal. Sólo cuando se describe como ficción lo pensado, a distinción de lo que atañe al mundo material, se pueden estimar como equivalentes abstracción y ficción; pero si esto se hiciese, la totalidad de la ciencia quedaría reducida a una suma de ficciones.

El conocimiento jurídico del Estado no se propone esclarecer su naturaleza real, sino el aspecto jurídico del mismo, esto es, hallar un concepto en el que queden incluidas, sin contradicción alguna entre ellas, todas las propiedades jurídicas del Estado. El conocimiento de la existencia real de éste necesita colocarse en la base del mismo, pero en modo alguno ha de considerarse como su igual. Los adversarios de las ficciones en la ciencia del derecho político han intentado construir con lo que consideran como existencia real del Estado, la esencia jurídica del mismo. Pero una consideración más detallada nos hace ver que siempre acompaña a esta concepción realista y empírica del Estado un elemento jurídicamente "ficticio". Éste es el caso para las teorías del Estado en cuanto estado *(Zustand),* en cuanto pueblo, en cuanto señor o soberano *(Herrschers),* las cuales no pueden establecer la unidad de la experiencia a causa de las modificaciones del sujeto titular. Todo concepto jurídico

ha de considerar como unidades los hechos que se propone él ordenar jurídicamente, porque los conceptos no son otra cosa que la forma de la síntesis de estos hechos. La propiedad, el derecho de caución, la obligación, son unidades conceptuales alcanzadas gracias a la materia real de los hechos jurídicos. De estas unidades han de derivarse como consecuencias hechos jurídicos que tienen a su vez un carácter constructivo. Por esto, hay que considerar como un criterio de la doctrina jurídica, justa, del Estado, el que tal doctrina pueda explicar la unidad de éste.

Si en las páginas que siguen hemos de explicar las teorías jurídicas particulares acerca del Estado, es natural que sólo hayamos de hacerlo partiendo del punto de vista de los adelantos de nuestra ciencia actual. Cada época tiene sus conceptos jurídicos particulares, que, si se miden con los de otros tiempos, no pueden sufrir la prueba. Al reconocer el carácter condicionado que tiene en la historia nuestro pensar jurídico, se reconoce igualmente que a una época determinada sólo corresponde como válida una forma peculiar de concebir jurídicamente los fenómenos. Apenas si es de utilidad para nosotros comprobar las representaciones de índole jurídica que han desaparecido, sin indagar minuciosamente las bases del sistema jurídico total dentro de las cuales nacieron.

Sólo hay tres maneras posibles de concebir jurídicamente el Estado: como objeto de derecho, como relación jurídica, o bien como sujeto de derecho.

1. Concebir el Estado como objeto no es posible si se quiere ser consecuente, pues todo objeto de derecho supone un sujeto, y este sujeto no puede ser sino los hombres que dirigen al Estado. La doctrina del Estado como objeto nace, por consiguiente, de un desgarre interno del mismo y de una oposición respecto a él de uno de sus elementos esenciales. Por eso no puede mantenerse esta doctrina, porque, según ella, el reconocimiento de los súbditos como sujetos de derecho mediante el Estado puede ser efecto únicamente de una conclusión sofística. Si se considera al pueblo y, por consiguiente, a todo miembro del mismo solamente como objeto, no es posible atribuirles, al propio tiempo, la consideración de sujetos. Un rebaño de esclavos sometidos a la propiedad del señor puede prestarse a una construcción de esta suerte, pero no una comunidad. Hubo épocas en que se concibió al Estado de este modo. Así lo ha hecho hasta en nuestro mismo siglo la teoría patrimonial y absolutista del Estado; pero una autoridad tal de éste, tan parecida al dominio que se ejerce sobre las cosas, no ha podido, sin embargo, hacer desaparecer jamás por entero la idea de que constituye el carácter del Estado, el ser una comunidad, pues siempre ha existido un orden jurídico para enlazar a los dominadores y a los dominados, orden jurídico que es incompatible con la idea del Estado como objeto. Esta última doctrina ha sido expuesta en su

teoría sobre el señor o soberano *(Herrscher)* por Seydel, que pretende explicar al propio tiempo la naturaleza real y la naturaleza jurídica.[49] Esta concepción hace derivar el derecho del *imperium* efectivo o real sin explicar cómo puede engendrar inmediatamente y por sí mismo un hecho objetivo, un poder espiritual como lo es el derecho. También debe citarse aquí la doctrina rudimentaria del Estado como fundación *(Anstalt)*,[50] la cual considera que la voluntad que cuida del mismo no nace de la propia fundación, sino que es más bien objeto de una voluntad exterior.[51]

Toda teoría de esta naturaleza puede satisfacer solamente la exigencia de una explicación jurídica acerca del Estado, si logra probar la existen-

[49] *Grundzüge einer all. Staatslehre*, p. 4. Bayer, *Staatsrecht*, I, p. 170.

[50] Rotteck, *op. cit.*, II, p. 56, declara que el Estado es a la vez fundación y sociedad. Stahl, a su vez, II, 2ª parte, p. 150, concibe el Estado como fundación y como comunidad; H. A. Zachariae, I, p. 43, lo concibe como persona moral, como Estado, como relación de derecho entre el conjunto y sus miembros, y además como una fundación moral; mas ninguno de estos autores nos dice lo que entiende por fundación *(Anstalt)*. Antes de los estudios de Gierke, que no han dicho, sin embargo, la última palabra sobre la cuestión, el concepto de fundación era el más oscuro de todos los conceptos jurídicos. Aún en nuestros días, los juristas eminentes no nos dicen lo que entienden por dicha palabra. Así, por ejemplo, B. Dernburg, *Pandekten*, I, 1ª ed., 1894, § 62, trata de las fundaciones, sin dar la menor definición de ellas; y, sin embargo, muy recientemente, las ha definido de un modo puramente negativo: como personas jurídicas que no son corporaciones *(Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens*, I, 1902, p. 166). Crome, *System des bürg. Rechts*, I, 1900, p. 203, niega la existencia de un concepto autónomo de este género y se contenta con dividir las personas jurídicas en corporaciones y fundaciones. En el mismo Regelsberger, I, pp. 291 ss., cuyas observaciones fundamentales coinciden con las de Gierke, no se encuentra absolutamente ninguna definición clara de esta palabra. Sobre las distintas teorías acerca de la fundación en el derecho civil moderno alemán, véase Endemann, *Lehrbuch des Bürg. Rechts*, I, 9ª ed., 1903, p. 176, núm. 4. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 474-475, se ocupa de cómo hay que buscar las raíces del concepto del Estado territorial alemán, en el de fundación. Anteriormente *(Genossenschaftsrecht*, II, p. 861), denominó al Estado territorial persona-fundación, sin llegar a desarrollar esta idea. Pero saber qué clase de derechos y deberes son los que corresponden a los Estados-fundaciones, en comparación con los que corresponden al Estado-corporación, así como ver de qué manera puede ser pensada la relación de miembro de un Estado-fundación, son cuestiones que aún no han sido explicadas. Dado nuestro conocimiento actual de la cuestión, se puede afirmar, con Gierke, que en el Estado o en sus partes existen elementos particulares propios de fundación; pero no es posible subsumir al Estado entero dentro de este concepto.

[51] Rehm, que reconoce al Estado soberano, sin excepción, carácter corporativo, quiere además distinguir, cuando se trata del Estado no soberano, entre Estado-objeto y Estado-fundación. Mas las objeciones contra la construcción jurídica que supone una concepción del Estado como ésta, van dirigidas desde el punto de vista de nuestro moderno concepto del derecho, contra todo ensayo que intentase someter al Estado a categorías que, como la de Estado-objeto, se encuentran en contradicción con los resultados progresivos del conocimiento científico, o que como la del Estado-fundación es oscura y no está desarrollada totalmente. En la definición del Estado dada por Rehm, *op. cit.*, p. 38, aparecen el Estado-fundación y el Estado-objeto como algo distinto del Estado, sin que Rehm llegue a dar un concepto del Estado que reúna en sí, sin contradicciones, los tres géneros fundamentales del mismo. Como muestran los mismos ejemplos puestos por él, los Estados que no poseen carácter corporativo, como ocurre a los países protegidos, Alsacia-Lorena y territorios sometidos a su protectorado, etc., no son realmente Estados.

cia de un orden jurídico superior al mismo, del cual recibiría el señor su derecho de soberanía sobre el objeto-Estado. La doctrina del derecho divino de los reyes afirmaba un orden supraestatista de esta naturaleza, y esto mismo existía en la base de la doctrina patrimonial del Estado, para la cual el orden de la propiedad equivalía a un orden superior al Estado mismo y la sanción última habría de buscarse también en la voluntad de un poder sobrenatural.

2. La idea de que *el Estado es una relación jurídica* parece ser exacta a primera vista. En el Estado observamos que existen gobernantes y gobernados, y en sus relaciones mutuas nos parece hallar lo que como Estado reconocemos.[52] Muchos adversarios de la ficción jurídica creen hallar en esta forma corriente de representarse el Estado, el concepto jurídico exacto del mismo; pero ninguna de estas doctrinas puede llegar a explicar la unidad del Estado, lo que permanece del mismo al través de todo cambio en las personas. Valga acerca de esto lo que hemos dicho anteriormente. Si se concibe al Estado como relaciones de dominación *(Herrschaftswerhältnis)*,[53] la unidad y continuidad de esta relación significa ya una desviación de las bases empíricas, porque el Estado no comprende una relación de dominio, sino innumerables relaciones de este género. Hay tantas cuantos sujetos, y cada nuevo señor o dominador *(Herrscher)* introduce un nuevo miembro en la proporción. Toda modificación en la forma de dominación necesita, por consiguiente, destruir al Estado y poner uno nuevo en su lugar. Esta misma objeción debe hacerse al intento de disolver las relaciones jurídicas del Estado, en relaciones particulares entre los órganos del Estado, y de éstos con los individuos.[54] Ninguna de

[52] Esta concepción ha sido introducida por la teoría inglesa acerca del Estado, que no pudo llegar a desarrollar plenamente la idea de corporación. Blackstone, *Commentaries*, I, 2, p. 146 (1ª ed., 1765), establece una distinción entre relaciones jurídicas de derecho público y relaciones jurídicas de derecho privado, y todo el derecho público es considerado por él como relaciones entre autoridad y pueblo; pero en ninguna ocasión trata al Estado como a un sujeto de derechos y obligaciones, al modo como en la literatura alemana de su tiempo era considerado. Hasta nuestros días no ha sido superada en Inglaterra la concepción medieval que reconoce una diferenciación interior del Estado en *rex* y *regnum*, los cuales opone como sujetos con derecho, sin lograr fundirlos en una unidad. Véase Hatschek, *Englisches Staatsrecht im H. B. des öff. Rechts*, I, 1905, pp. 81 y 249.

[53] Véanse las observaciones hechas al tratar de las teorías del Estado en cuanto estado, y del Estado como relación, en lo que toca al aspecto jurídico de las mismas. Véase también *System des Subj. öff. R.*, p. 33.

[54] Véase Bierling, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, II, p. 205-206; *Juristischen Prinzipienlehre*, I, 1894, pp. 309-310; II, 1898, pp. 345-346; Haenel, *Staatsrechts*, I, pp. 96-97; los cuales conciben al Estado como una relación total que cada uno de ellos constituye de un modo distinto. También A. Schmidt, *op. cit.*, pp. 94-95, resuelve el derecho público en relaciones jurídicas entre individuos. La unidad jurídica del Estado, perdida dentro de esta doctrina, la buscan los partidarios de la misma, bien en el sustrato social del Estado (asociación corporativa de Haenel y organismo de voluntad de Schmidt), y con lo cual se confunden la naturaleza jurídica y la social del Estado, y lejos de solucionar el problema se le oscurece o bien, como pasa con Bierling *(Juristischen Prinziplenlehre*, p. 311, nota), se renuncia a

estas doctrinas puede explicar de dónde procede la voluntad directora del Estado, cómo éste, jurídicamente, no significa una yuxtaposición y sucesión de acciones, sino que aparece, en tal sentido, como una unidad activa. Estas doctrinas, o no explican el fenómeno, o si tratan de hacerlo han de ponerse en contradicción con sus puntos de vista, recurriendo a ficciones que nunca pueden ser el último fundamento con que se expliquen los hechos jurídicos. Considerar la unidad de la voluntad del Estado como una ficción jurídica equivale a confesar que no se le puede concebir jurídicamente.

Pero el error más grave de esta doctrina consiste en que no puede decir de dónde procede la relación jurídica del Estado; porque toda relación jurídica necesita normas que la regulen, y estas normas han de unir unos con otros los miembros de las relaciones jurídicas, lo que supone, por consiguiente, un poder sobre los miembros, poder de donde nacen estas normas. Si se afirma que el Estado no puede ser quien dé tales normas, la teoría del Estado como relación jurídica habría de llegar a esta afirmación: es preciso, para poder seguir siendo consecuente, reconocer un orden jurídico supraestatista.

Esta teoría, prácticamente, no es capaz tampoco de llegar a explicar la acción exterior del Estado; porque las relaciones internacionales no son susceptibles de ser resueltas en fórmulas tan simples como las de relaciones jurídicas. Éstas no pueden tener derechos y deberes, no pueden declarar la guerra ni acordar tratados. Un derecho confederativo no tendría sentido desde el punto de vista de la doctrina de la relación jurídica. El *Bundesrat,* conforme al artículo 76 de la Constitución alemana, es quien tiene competencia para conocer las cuestiones de derecho público entre los Estados particulares en caso de que ellos reclamen su intervención. ¿Cómo puede una relación de derecho entrar en lucha con otra, y cómo una tercera relación es capaz de llegar a oficiar de juez entre ambas? Estas mismas cuestiones se repiten cuando, en el seno mismo de los Estados, litigan las corporaciones entre sí, acerca de sus derechos.

3. Queda, pues, sólo una tercera posibilidad para explicar satisfactoriamente la naturaleza jurídica del Estado: la concepción del mismo como sujeto de derecho.[55]

una investigación completa del concepto del Estado y se declara ociosa toda definición del mismo. Esta posición negativa que toma Bierling frente a las cuestiones fundamentales de la doctrina del Estado, sólo puedo explicármela como resultado de la imposibilidad en que se encuentra, y de la cual no parece tener completa conciencia, de llegar a una explicación clara de los fenómenos del Estado, partiendo de su punto de vista. El último ensayo importante que se ha hecho para explicar el Estado como producto de relaciones de derecho es el de Ed. Loening, *op. cit.,* p. 923. Véase además sobre esto las acertadas observaciones de Anschütz, *Enzykl.,* p. 457; Preuss, *Über Organpers., op. cit.,* p. 560.

[55] Esta doctrina es la que predomina actualmente. Se debe a la escuela de derecho natural, iníciala Grocio, y principalmente la propaga la teoría inglesa acerca del Estado,

El concepto de sujeto de derecho es un concepto puramente jurídico y no significa cualidad real que de suyo esté ligada a los hombres, sino que, como todo concepto jurídico, es por su naturaleza una relación. Que el hombre es un sujeto de derecho quiere decir que se encuentra con el orden jurídico en una relación que está determinada por normas de igual naturaleza. Sujeto en sentido jurídico, es, por tanto, no una esencia, una sustancia, sino una capacidad creada mediante la voluntad del orden jurídico. El hombre es el supuesto de la capacidad jurídica, puesto que todo derecho es una relación entre seres humanos. Pero la lógica no exige que esta cualidad se atribuya sólo al individuo; antes al contrario, toda subjetivación de una comunidad de hombres, o de una colectividad, pertenece al campo de las ficciones. El conocimiento jurídico en este caso ha de unirse, más bien, a los resultados del conocimiento del Estado como fenómeno real. Si el Estado es una unidad colectiva, una asociación, y esta unidad no es una ficción, sino una forma necesaria de síntesis de nuestra conciencia, que, como todos los hechos de la misma, forma la base de nuestras instituciones, entonces tales unidades colectivas no son menos capaces de adquirir subjetividad jurídica que los individuos humanos.

Mediante la elevación de una unidad colectiva a sujeto de derecho, no creamos una sustancia ficticia que no existiera antes y a la cual se proclama como una esencia a que ha de ir unido el orden jurídico, sino que existen de este modo *todas* las unidades que el derecho construye como

desarrollada en el siglo XVII por Hobbes (*Elementa philosophica de cive*, V, 9, 10), así como por Locke, *Two treatises on government*, II, XIII, pp. 95-96. En Alemania la tomó como punto de partida Pufendorf para la construcción jurídica del Estado. En Francia ha sido expuesta por Rousseau, como resultado del *Contrato social*, I, cap. VI. La presentaron como opuesta a las oscuridades especulativas, primero Albrecht, *op. cit.*, p. 1491, y posteriormente Gerber, *Grundsätzen des deutschen Staatsrecht*, pp. 219-220, quienes la estatuyen como el punto de orientación capaz de evitar toda desviación para llegar a tener un conocimiento jurídico del Estado. Esta posición es la de todos los que no caen en el antiguo error de la *persona ficta*, y creen que no se puede hallar otro sustrato para el concepto jurídico del Estado. Hoy, está representada esta doctrina por investigadores eminentes en la literatura de todas las naciones, cuando esta literatura se ocupa de conceptos fundamentales. Es la doctrina que domina en Francia. Véase entre otros autores Esmein, *op. cit.*, pp. 1-2; para Italia, Orlando, *op. cit.*, p. 16; para Inglaterra, Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 3ª ed., Oxford, 1886, pp. 105, 299 y 315. En América es frecuente definir el Estado como *Body politic* (cuerpo político), por ejemplo, Story, *Commentaries of the constitution of the United States*, § 207; Cooley, *Constitutional limitations*, 6ª ed., p. 3. A causa de las relaciones jurídicas que existen allí entre los Estados particulares y la Unión, se ven obligados a considerar el Estado como sujeto de derecho. El Tribunal Supremo de la Unión ha declarado: *"A State is a body of free persons, united together for the common benefit, to enjoy peaceably what is their own, and to do justice to others"* [Un Estado es un cuerpo de personas libres, unidas entre sí para el beneficio común, para gozar en paz de lo que les es propio y hacer justicia a todos]. (Véase Holland, p. 40.) La literatura acerca del derecho internacional, singularmente, considera sin excepción al Estado como sujeto de derecho, y lo define como persona. Sobre la evolución de la doctrina de la personalidad, véanse las excelentes observaciones de Bernatzik, *op. cit.*, pp. 185-186.

sujetos. Al pensar ingenuo le parece evidente que el individuo humano es una unidad sustancial, idéntica siempre a sí misma; pero en realidad, el hombre en el curso de su vida, desde la infancia hasta la senectud, sólo puede comprenderse como formado por un proceso de cambio incesante, corporal y psíquico. El individuo humano ofrece a la consideración científica objetiva, una serie ininterrumpida de hechos exteriores e interiores. Estos estados llegan a formar una unidad mediante la síntesis que nosotros hacemos, sin que se nos permita afirmar que esta unidad sintética exista realmente fuera de nosotros de una manera análoga a como la concebimos. Pues afirmar un yo que subsiste, no obstante los actos de cambio, afirmar este soporte de los cambios y estados psicológicos como un ser real, equivaldría a afirmar una idea metafísica que la ciencia no podría demostrar jamás. Tampoco se puede recurrir, para probar esta realidad, a la unidad de la conciencia (unidad que enlaza unos con otros los resultados internos de los individuos como elementos constantes en el cambio de su vida anímica), porque esta unidad no existe realmente. El individuo sabe que ha tenido y vivido una infancia por recuerdos fragmentarios y conclusiones sacadas por analogías, pero una gran parte de su vida queda fuera de su recuerdo y, por tanto, de su conciencia. La psicología moderna sabe muy bien que cuando habla del alma, lo que hace es aplicar la categoría de la sustancia para expresar la síntesis subjetiva de los actos psíquicos, sin atribuir por ello a esta síntesis una existencia objetiva. Que el individuo considerado corporalmente está, como todo organismo, sometido a cambios y formado por una colectividad celular constantemente cambiante, no es cuestión que merezca tratarse más ampliamente; para el naturalista, el individuo es precisamente una unidad colectiva, y para él esta unidad tiene también el valor de una síntesis con que pueda expresarse la totalidad de los fenómenos somáticos de la vida del hombre. El individuo, física y moralmente es una unidad teleológica, una unidad subjetiva y, por tanto, una unidad para nuestra conciencia, cuyo valor objetivo no conocemos, porque no somos capaces de conocer fines objetivos.[56]

[56] Este principio ha sido combatido por Ed. Loening, *op. cit.*, p. 916; pero un poco antes, en la p. 911, se había referido a la famosa exposición de Kant sobre la naturaleza teleológica de los organismos. La unidad espiritual, cree Loening, que es un hecho fundamental de nuestra vida espiritual; pero con esto no nos dice absolutamente nada sobre el carácter de esta unidad, más bien provoca la cuestión científica sobre cuál es el *principium individuationis* para ella. El concepto de unidad es, como hemos visto, susceptible de muchas explicaciones. Una unidad pura y simple, no existe. ¿A qué género de unidad corresponde la unidad de la conciencia sino al teleológico estrechamente unido a la representación del organismo? Que el orden jurídico, por lo demás, considere al individuo como unidad, no tiene nada que ver con las últimas concepciones acerca de la teoría del conocimiento. La vida práctica no puede fundarse sobre la relación última de las cosas, sino sobre la concepción predominante de cada tiempo, que es precisamente lo que he afirmado de un modo tan enér-

Tan lícito nos es científicamente concebir el Estado como sujeto de derecho, como atribuir al hombre este mismo carácter. Sólo mediante esta doctrina nos es posible comprender jurídicamente la unidad del Estado, la de su organización y la voluntad que ella engendra.[57] Los fundamentos de esta concepción jurídica del Estado y la solución del problema de la existencia de un derecho público se explicarán en otro lugar.

Si se consideran en su conjunto las teorías del Estado, dedúcese lo siguiente: todo ensayo para explicar el Estado tiene un carácter individualista o colectivista. Aquellas doctrinas que se creen realistas o empiristas no son en rigor sino consecuencias de la concepción que considera al individuo como lo único realmente existente y abstracción hecha de nuestra síntesis subjetiva; pero todo ensayo para explicar el Estado des-

gico (*System der Subj. öff. Rechte*, pp. 15 ss.) que no es posible equivocarse sobre mi punto de vista. Por esto ha de rechazarse por infundada la polémica de Hold von Ferneck, *Die Rechtswidrigkeit*, I, 1893, p. 253.

[57] Conviene hacer notar que muy recientemente se ha tratado de combinar muchas de las teorías jurídicas acerca del Estado. Eltzbacher (pp. 28 ss.) lo considera como una relación jurídica involuntaria, y al mismo tiempo, como una persona jurídica, sin explicarnos de dónde viene el derecho de obligación, base de esta relación, y cómo la multiplicidad de las relaciones se transforma en unidad de sujeto o persona. Rehm, *Modernes Fürstenrecht*, 1904, pp. 58 ss., ha dicho, hablando del Estado monárquico alemán tal como hoy existe, esto es, bajo forma de confederación, que es medio patrimonial —es decir, Estado-objeto— y medio corporativo. Mas, en realidad, según esta doctrina, es pura y simplemente Estado patrimonial; pues Rehm, en ciertos casos, y en particular en la herencia entre hermanos (pp. 49 ss.), exige que, en virtud del derecho en vigor, el Estado sea repartido. Ahora bien, todo Estado cuyos habitantes puedan ser susceptibles en un momento dado, según el derecho en vigor, de una repartición como si fueren miembros de un rebaño, es esencialmente un objeto y no un sujeto. Con la repartición del Estado desaparecería naturalmente, según esta manera de apreciar la cuestión, la constitución particular del Estado, y los nuevos príncipes, limitados solamente por el derecho del imperio, podrían reinar como señores sin restricciones en sus posesiones patrimoniales. Semejante teoría, que pretende ser histórica y que en el fondo no es sino el producto de una imaginación antihistórica, no debe tomarse en serio, como se ve. Olvida completamente que el derecho de cada dinastía tiene sus raíces en el antiguo derecho de imperio y era apoyado por él, y que, con la desaparición del antiguo imperio, el derecho propio de las dinastías ha sido, como todo derecho que se remontaba a esta época, sometido a los Estados, que son los que se han convertido en soberanos, y este derecho, por consiguiente, procede desde entonces, como todos los demás, del Estado, y como cualquier otro, está a él sometido. No advierte Rehm que al lado del derecho del Estado no hay otro del príncipe, porque de ser así descansaría en el vacío, y que no importa nada el que este estado de cosas haya sido o no reconocido por las dinastías. Tampoco tiene en cuenta esta doctrina la fuerza pulverizadora de todo un siglo, que cuando se trata de las posibilidades y hasta de las realidades políticas —que según hemos visto deben constituir los límites de la especulación jurídica— ha destruido bastante más que las veleidades legitimistas de Rehm. Una verdadera concepción histórica de las relaciones jurídicas de las dinastías alemanas habría de proponerse estudiar en cada Estado los derechos peculiares de los agnados hasta donde esto se relacione con el orden del Estado, tratándolos como competencia del mismo. (Véase *System der Subj. öff. Rechte*, p. 178.) Véanse, en fin, las excelentes observaciones críticas, que suscribimos, contra la teoría de Rehm, de Anschütz, en G. Meyer, *Staatsrecht*, pp. 235 ss., 273, n. 1.

de una posición puramente individualista ha fracasado y necesita fracasar, porque es incapaz de concebir al Estado en su unidad; se estrella definitivamente al tener que reconocer que incluso biológicamente el individuo no puede ser concebido sino como una unidad colectiva. La posición colectivista, por el contrario, enlaza la unidad del todo con la independencia de sus miembros y es la que sirve de fundamento a la doctrina orgánica del Estado, a la de la unidad de la asociación y a la doctrina política del Estado como sujeto de derecho. Nosotros no podemos decir cuál es el valor último que tienen para el conocimiento las teorías universalistas, porque la reducción del mundo social a sus últimos elementos es un postulado irrealizable de nuestro intelecto, y tratar de reconocer la naturaleza objetiva de las cosas humanas independientemente de nuestra inteligencia supera nuestras facultades de conocer.

Para la ciencia del Estado en general es de gran importancia tener en cuenta que la oposición entre las concepciones fundamentales del Estado es reductible a la oposición inicial de las dos grandes interpretaciones del mundo: la atómica individualista y la universal colectivista.

3. La evolución del concepto del Estado

A pesar de que la crítica ha fijado ya los resultados más importantes, necesitamos precisar de nuevo de un modo positivo y completo la naturaleza del Estado y determinarlo en sus fundamentos.

a) El concepto social del Estado

Para conocer el concepto social del Estado es preciso retrotraernos al estudio de los hechos relativos a la vida del mismo.

Como últimos elementos objetivos del Estado encontramos una suma de relaciones sociales que se traducen en actividad entre hombres, o más exactamente, que el concepto de la suma significa ya una forma subjetiva de síntesis, una yuxtaposición y sucesión, determinadas en las relaciones de las actividades exteriores de hombre a hombre. Es, pues, no una sustancia, sino exclusivamente una función, y la sustancia que sirve de base a esta función es y ha de ser el hombre.

Pero tal función es exclusivamente una modalidad psíquica, y si produce efectos físicos, se manifiestan siempre mediante aquéllos, por lo cual la función del Estado encaja dentro del orden de los fenómenos psíquicos.

No se necesita de un gran esfuerzo para comprender que lo mismo

ocurre con todos los demás fenómenos sociales, primeramente con el lenguaje, tanto hablado como escrito, el cual sólo posee y puede alcanzar existencia real en la vida interna de los hombres, porque una palabra que no se lee o que no se comunica a otra conciencia no tiene existencia. El lenguaje es, pues, una función psíquica que se ejerce mediante signos hablados o escritos, cuya sustancia también forman los hombres, porque fuera e independientemente de ellos no hay existencia posible para el lenguaje.

Otro tanto acontece con la religión, que es igualmente pura función y no sustancia. También significa un contenido determinado de conciencia humana en la que se fundan ciertas relaciones entre hombres: budismo, judaísmo, cristianismo, son y significan representaciones, relaciones, acciones humanas. La historia de una religión es idéntica a la historia de las representaciones religiosas. No existen las religiones junto a los hombres, sino en los hombres.

Lo propio sucede con el arte y la ciencia, con el derecho y la economía; lo sustantivo no puede conducirnos a ver en ellos poderes reales objetivos porque así aparezcan al individuo: son, en general, fenómenos internos de la vida humana, que provocan modificaciones en el mundo de los objetos, pero que primariamente consisten en una serie de actos psíquicos; es decir, que son funciones, no sustancias.

Estas reflexiones tienen mucha importancia para llegar a conocer la naturaleza de las ciencias sociales, ya que éstas se refieren a las relaciones humanas y a sus efectos exteriores. Todo el contenido de la conciencia del hombre está sometido por ellas a una división que es objeto de disciplinas particulares. Son ciencias determinadas por funciones psíquicas distintas, pero que se unen mediante el objeto.

Gracias a este punto de partida, único justo, que concibe al Estado como una función de la comunidad humana, se aclaran para nosotros los errores de una serie de doctrinas fundamentales acerca de las ciencias del Estado. Primeramente el de aquellas que lo consideran como una formación naturalista existente junto al hombre o sobre el hombre. La observación de que las situaciones concretas de los Estados no son, en gran parte, producto de la actualidad, sino herencias del pasado, y que, por tanto, las instituciones políticas no son creaciones arbitrarias, ha conducido frecuentemente, a quienes no tienen una noción clara del problema, a considerar al Estado como un poder sin relación con los hombres ni con el arbitrio humano. Empero, toda tradición, por poderosa que pueda ser y cualquiera que sea su influjo sobre los hechos sociales, no obra como un poder que viene de fuera, sino como una fuerza que engendra nuevas creaciones en el seno de cada generación. No son fuerzas oscuras e inconscientes las que actúan y forman de un modo místico la

continuidad de las relaciones humanas, sino que más bien, todo el saber y el poder del pasado ha de vivirse y remozarse en cada nueva generación, mediante las enseñanzas y experiencias que ésta haya creado, y este proceso corresponde principalmente a la esfera de la conciencia. Rara vez consideramos los hechos que nos muestran de un modo incuestionable que la existencia de los individuos es efecto no sólo de las fuerzas naturales que crean de una manera inconsciente, sino también de las acciones voluntarias, reflexivas, conscientes. El hambre y el impulso sexual son poderes naturales, pero su satisfacción descansa sobre actos voluntarios. La procreación y la formación de una generación nueva, singularmente, no pueden explicarse meramente por impulsos ciegos y naturales, como lo prueban los fenómenos ascéticos, la limitación artificial de la propagación, la muerte y los malos tratos o el abandono de los niños en muchos pueblos salvajes, hechos que, ciertamente, han sido causas que han contribuido a hacer morir a algunas razas. Nada, pues, de lo que descansa permanentemente sobre la voluntad humana puede llamarse poder natural o pura formación naturalista, so pena de negar toda distinción entre el hecho exterior mecánico y el interior psicológico, con lo que nos colocaríamos sobre una base metafísica.

Determinado de una manera más concreta el Estado, diríamos que consiste en relaciones de voluntad de una variedad de hombres. Forman el sustrato de este Estado hombres que mandan y hombres que obedecen, pero el Estado posee además un territorio; mas si se considera el fondo de las cosas, se vendrá a reconocer que este territorio es un elemento que va adherido al hombre. La propiedad de ser sedentario es algo que va unido al hecho de vivir los hombres en un Estado, y todos los efectos jurídicos del territorio (como habremos de ver más tarde) tienen su raíz en la vida interna de los hombres; por consiguiente, prescindiendo del sujeto humano, no hay territorio, sino sólo una parte de superficie de tierra.

Como última parte objetiva del Estado, ofrécense relaciones de voluntad entre el dominador y los dominados. Ambos están en una continuidad temporal, y por lo común —cuando se trata del territorio compuesto de un Estado— en continuidad espacial. Un orden de consideraciones teóricas muestra que entre los dominadores, como entre los individuos dominados, existe un cambio constante, y que hay tantas relaciones de dominio como individuos. Pero si se aíslan estas relaciones y sólo se les considera como relaciones de voluntad a voluntad, se verá que son idénticas y susceptibles, por tanto, de ser ordenadas mediante conceptos superiores.

El primer problema que se presenta a la consideración científica es el de ordenar la variedad de los fenómenos. Este orden ha de alcanzarse mediante la relación de los elementos que están separados unos de otros, por

reducción a unidades, cada una de las cuales tiene que descansar en un principio de unificación, y este principio que nos ha de dar la unificación de las relaciones de voluntad es el que se nos presenta como Estado.[58]

Hay unidades espaciales y unidades temporales. Lo que en el espacio y en el tiempo se nos presenta como limitado con respecto a algo, lo concebimos como una unidad. Estas unidades exteriores y mecánicas no bastan para explicar el Estado. Una masa de hombres limitada con respecto a otra, mediante un territorio, tampoco es un Estado. Existe además otro orden de unidades: unidades causales. Todo lo que se puede reducir a una causa común vale como una unidad. Estos elementos causales unitivos existen en el Estado, pero no bastan para hacerle aparecer como una unidad general. El pueblo se nos presenta como una unidad firme, porque está constituido por la procedencia común de la raza, o sea, de los miembros que lo componen. Cuando se trata de nuevas fundaciones de Estado o de una disminución en el mismo, falta esta razón causal o es menor su influjo, como sucede, en un reducido límite, en el curso normal de las cosas mediante la emigración y la inmigración. Constituyen el tercer género las unidades formales. Junto a la forma permanente se nos aparece una variedad que, no obstante las transformaciones y cambios de sus partes, tiene siempre el mismo objeto. También el Estado ofrece elementos formales y permanentes. Las instituciones estatistas preséntanse en la historia, durante largos periodos, con formas que permanecen invariables, y que permiten construir una representación unitiva, no obstante los cambios experimentados. Los parlamentos, los ministerios, los ejércitos, etc., los concebimos como unidades en su transformación histórica, esto es, como formas más o menos constantes y que sólo lentamente se modifican. Las universidades, escuelas y regimientos celebran sus centenarios gracias a que, a pesar de los cambios de su organización y de su constitución, han conservado ciertos elementos formales que mantienen en ellas un carácter inequívoco; pero la categoría de las unidades formales tampoco sirve por sí sola para ordenar la variedad de las relaciones estatistas.

Existen finalmente unidades teleológicas. Una variedad que aparezca puramente con un fin, siempre el mismo, tendremos que considerarla necesariamente como una unidad que habrá de ofrecer tanta más fuer-

[58] La escuela estoica es la primera que se ha ocupado de un modo profundo del problema del principio de unificación. Véase la notable exposición que hace de ello Göppert, *Über einheitliche, zusammengesetze und Gesamt-Sachen*, 1871, pp. 10-11. También la doctrina moderna del Estado ha buscado el principio de la unidad de pueblo y Estado. Véase Grotius, II, 9, 3-4, y Pufendorf, VIII, 12. La investigación fundamental y sistemática de este problema de la teoría del conocimiento puede verse en Sigwart, II, pp. 32-33, 117-118, 244-245. Sobre lo que hay de relativo en el concepto de la unidad en la literatura moderna, Simmel, *Geschichtsphilosophie*, pp. 96-97, y Jellinek, *System*, pp. 20-21.

za para nuestra conciencia, cuanto más varios y vigorosos sean los efectos de los fines que unifica. Sobre la unidad teleológica de la naturaleza descansa, para el pensar, la totalidad del proceso biológico que denominamos organismo. Sobre la unidad teleológica en el mundo social se apoya también la ordenación y el juicio de nuestras acciones, el cambio espiritual y económico, la individualización de las cosas creadas por nosotros y para nosotros. Así que puede considerarse el fin como el *principium individuationis* para todas las cosas humanas. Mediante la aplicación de la categoría de fin producimos la valoración de las acciones, la separamos de las indiferentes y unimos una serie de actos particulares en una unidad. Los actos jurídicos y los delitos devienen de esta suerte, mediante un orden de consideraciones teleológicas, condensados en unidades. Merced al fin unimos una variedad de cosas separadas espacialmente en la unidad de *la cosa* en el sentido jurídico. Por el fin dividimos la diversidad de nuestras ocupaciones, y por él agrupamos la sucesión no interrumpida de nuestros actos en varias unidades que significan, desde un punto de vista puramente psicológico, una pluralidad de actos espirituales.

Esta unidad teleológica es también una unidad esencial al Estado. Una pluralidad de hombres aparecen unidos ante la conciencia cuando lo están por fines constantes y coherentes entre sí. Tanto más intensos son estos fines, tanto mayor es la unidad entre ellos, y esta unidad se exterioriza mediante la organización, esto es, mediante personas que tienen como ocupación cuidar, valiéndose de sus acciones, de que se mantenga esta unidad de los fines. Tales unidades organizadas, constituidas por hombres, llámanse unidades humanas colectivas o asociaciones. La unidad teleológica del Estado, por tanto, se denomina con más rigor, unidad de asociación.

En esta unidad están enlazadas necesariamente una con otra, la unidad del todo y la variedad de las partes. La unidad está limitada exclusivamente a los fines de la asociación, por lo cual, el individuo tiene una doble situación: como miembro de aquélla y como individualidad libre. La intensidad de la asociación es distinta según la fuerza y la significación de los fines que constituyen la asociación; es mínima en las asociaciones privadas, aumenta en las asociaciones de carácter público y alcanza su grado máximo en el Estado, pues éste es el que posee el mayor número de fines constantes y la organización más perfecta y comprensiva. Él es, a su vez, el que encierra dentro de sí a todas las demás asociaciones y el que forma la unidad social más necesaria. De todas las demás asociaciones podemos sustraernos en el Estado moderno. Todos los poderes coactivos de las asociaciones derivan del poder coactivo del Estado mismo, así que solamente la coacción del Estado es la que puede obligar a permane-

cer en la asociación. Pero al mismo Estado nadie puede sustraerse. Tanto el viajero como el *sin patria* permanecen sometidos al poder de un Estado; pueden cambiar de uno a otro, pero no quedar sustraídos permanentemente a la institución del Estado, tanto más cuanto que el espacio no sometido a los Estados en la superficie de la tierra disminuye de día en día.

El fundamento exterior de la unidad asociativa del Estado está formado por una parte limitada de la superficie de la tierra. Tiene un territorio, es decir, un dominio limitado en el espacio sobre el cual sólo él ejerce el poder. Se puede determinar, pues, desde este punto de vista, el concepto del Estado como la unidad de asociación de hombres, domiciliados en un territorio. A la unidad de asociación se suman también aquellos individuos pertenecientes a un Estado y que viven fuera de sus límites, y aunque no estén sometidos en igual medida que los que viven dentro del propio territorio, no por eso deja de ser un fenómeno esencial a la vida del Estado la existencia de nacionales en el extranjero.

Las relaciones políticas de voluntad que reunidas forman la unidad de asociación son esencialmente relaciones de dominación. No quiere decir esto que en el hecho de la dominación se agote lo que es esencial al Estado, sino que la existencia de estas relaciones es de tal suerte necesaria a aquél, que sin ellas no podría ser pensado. El Estado tiene poder de mando, y mandar, dominar, significa tener la capacidad de poder hacer ejecutar incondicionadamente su voluntad a otras voluntades. Este poder ilimitado, incondicionado, de vencer con la voluntad propia a todas las demás sólo lo tiene el Estado. Recibe su fuerza originariamente de sí mismo, y jurídicamente no deriva su poder de ningún otro, sino exclusivamente de la propia asociación.

Resulta, pues, que no es posible considerar al Estado como un concepto que ha de someterse a una categoría política superior de comunidad.[59] Comunidad política es el Estado o aquellas asociaciones dotadas por él, con poder dominador, político quiere decir estatista, porque en el concepto de lo político se encuentra ya comprendido el concepto del Estado. Todo poder de dominio ejercido dentro de aquél, solamente de él puede provenir, y una comunidad que en algún sentido sea independiente y disfrute de un poder de dominación no derivado, es en este respecto mismo, Estado. Sin duda que no se puede evitar hablar de comunidades, asociaciones y formaciones como conceptos auxiliares hasta

[59] G. Meyer, pp. 2 ss., considera como comunidad política toda comunidad que tenga de hecho un círculo ilimitado en su acción y que se extienda, en todos sentidos, en la vida humana. Ahora bien, *solamente* tiene este campo de acción el Estado; no lo poseen ni las asociaciones municipales ni las uniones de Estados, uniones que Meyer (pp. 42-47) coloca en el número de las comunidades políticas.

que no se decida si una asociación tiene poder de dominación originaria o derivadamente; pero a estas representaciones no les corresponde otro valor superior que el de medios auxiliares del convencimiento.[60] Resulta, pues, lo siguiente: *el Estado es la unidad de asociación dotada originariamente de poder de dominación, y formada por hombres asentados en un territorio.*[61]

Gracias a la síntesis que logramos alcanzar por la unificación interior de las relaciones múltiples de voluntad, reciben estas relaciones mismas una doble cualificación. Los hechos voluntarios naturales que tienen lugar dentro de la vida de los individuos, los relaciona nuestro pensar con la unidad de asociación. Desde el punto de vista de la unidad, los actos individuales que expresan a ésta y se derivan de ella se atribuyen a la unidad de la asociación, y las personas que son causa de la voluntad dominante, en tanto forman esta voluntad, son sus instrumentos, es decir, los órganos del todo.[62] Pero si es lógicamente necesaria la síntesis de la variedad humana en una unidad de fines, también es necesaria lógicamente la relación de la voluntad del órgano con la unidad de la asociación y el atribuir aquélla a ésta.

De este modo, pasamos desde la última forma perceptible de la vida del Estado a la forma más elevada de síntesis de los hechos de esta misma vida. Si tal síntesis posee una significación que trasciende del mundo de nuestra experiencia interna, si hay algo que le corresponda en la naturaleza objetiva de las cosas, si las unidades que construimos necesariamente en nuestro pensamiento mediante la aplicación del concepto del fin, existen también independientemente de nuestro pensar, no podemos nosotros determinarlo mediante los medios auxiliares de la investi-

[60] Dicho sea esto para refutar las objeciones de G. Meyer, *op. cit.*, p. 3, n. 2.

[61] Las observaciones que habrán de seguir darán un fundamento más hondo a esta afirmación y la defenderán de objeciones posibles. Digamos sólo aquí que los comentarios de Rehm, *Staatslehre*, p. 114, contra la necesidad de que el Estado tenga un poder de dominación originario, descansan en una doctrina inexacta, que más tarde refutaremos, sobre el origen del Estado. Históricamente puede un Estado formarse mediante otro, pero jurídicamente recibe su poder de sí mismo. El del Estado búlgaro no se deriva del poder turco, sino que es originariamente búlgaro y no estaba contenido potencialmente en el de Turquía, como sucede con los derechos de los municipios, derechos que tienen el carácter de derivados del poder del Estado. El lenguaje de los documentos diplomáticos de que hace uso Rehm no tiene absolutamente importancia alguna cuando se trata de decidir cuestiones tan fundamentales como ésta. Lo que hayan pensado los redactores del acta del Congreso de Berlín, a propósito de la conversión de Bulgaria en un Estado, no tiene interés alguno para la ciencia; Turquía no podía "transformar en un Estado conforme a derecho público" una parte de su territorio, porque según el derecho público turco, un Estado no puede crear a otro.

[62] Con el uso del concepto órgano no se cae necesariamente en el dominio de la doctrina orgánica del Estado; véase Jellinek, *System*, pp. 35-36. Esto es precisamente lo que Zorn desconoce en la recensión que hizo de esta obra; véase *Deutsche Literaturzeitung*, 1904, p. 880.

gación científica.[63] En este punto tiene su fin nuestro saber científico y aquí comienza la especulación metafísica, mas este límite del saber científico no debe superarse aquí.

b) El concepto jurídico del Estado

Al concepto del Estado que hemos tratado de explicar ha de unirse el conocimiento jurídico del mismo. Si puede o no ser descrito el mismo Estado como una formación jurídica y en qué medida, es cuestión que debe aclararse en otro lugar. Aquí hemos de partir del supuesto de la posibilidad de la autolimitación jurídica del Estado, por cuanto éste, al someterse al derecho, se convierte en sujeto de derechos y deberes.

El Estado desde su aspecto jurídico, según las anteriores observaciones críticas, no puede considerarse sino como sujeto de derecho, y en este sentido, está próximo al concepto de la corporación en el que es posible subsumirlo. El sustrato de ésta lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación, cuya voluntad directora está asegurada por los miembros de la asociación misma. El concepto de la corporación es un concepto puramente jurídico, al cual, como a todo concepto de derecho, no corresponde nada objetivamente perceptible en el mundo de los he-

[63] E. Loening, *op. cit.*, p. 916, parece atacar, en una larga polémica, mis anteriores observaciones; pero en realidad lo que ataca es *lo contrario a ellas.* ¿Cómo hubiese podido yo nunca emitir la idea de que nuestras abstracciones tienen una existencia fuera de nuestra conciencia? Lo que yo he afirmado siempre es que semejante existencia era lo característico de un dogmatismo anticrítico. Evidentemente, Loening es un adepto de este dogmatismo; cree, en efecto, en la existencia de un mundo objetivo, que podemos conocer y del cual podemos separar sin dificultad y por simple reflexión, lo que solamente es psicológico, es decir, lo que solamente tiene un origen psicológico producido en nosotros mediante una abstracción que se ejerce en vista de ciertos fines, sin necesidad lógica absoluta. Por esto es por lo que opina que los conceptos jurídicos existen en nosotros mismos, y que las relaciones jurídicas tienen existencia real fuera de nosotros; mas en su exposición sigue exactamente el método que combate. En la p. 917 responde a la cuestión que yo planteo sobre el género de unidad del Estado, diciendo que en nuestra concepción solamente condensamos la multiplicidad de las relaciones jurídicas en una unidad; pero a esta unidad subjetiva la considera como si se tratase de una sustancia real. Habla de la identidad del Estado como de un hecho objetivo independiente de las diversas relaciones jurídicas; atribuye deberes al Estado; le concede una acción en el porvenir, y examina sus funciones, operaciones todas del pensar que clasifican al Estado en la categoría de la sustancia. De este modo confirma que no son las innumerables relaciones de voluntad —que constituyen en último término los primeros elementos del Estado— los conceptos que podemos tomar en sí mismos para obedecer a nuestra necesidad de pensar sintético, sino únicamente los conceptos formados según los hechos. Éstos son los conceptos sobre los cuales debemos fundar todo conocimiento útil de lo que podemos saber y de lo que tratamos de conocer del Estado. Cualquier tentativa que coloca inmediatamente sobre la base de una explicación de los fenómenos infinitamente complicados de la vida, los primeros elementos que pueden conocerse de los fenómenos sociales y jurídicos, conducen a lo más a un escolasticismo estéril. Un ejemplo notable lo tenemos en Hold von Ferneck, I, pp. 267-268.

chos; es una forma de síntesis jurídica para expresar las relaciones jurídicas de la unidad de la asociación y su enlace con el orden jurídico. Si se atribuye al Estado como a la corporación jurídica el carácter de personalidad, no se hace uso de una hipóstasis o ficción, pues personalidad no es otra cosa que sujeto de derecho, y significa, como hemos dicho, relación de una individualidad particular o colectiva con el orden jurídico. Gran parte de los errores de la doctrina de la persona jurídica descansan en la identificación ingenua de la persona con el hombre, no obstante bastar a todo jurista una ojeada rápida a la historia de la servidumbre para darse cuenta fácilmente de que ambos conceptos no coinciden.

Como concepto de derecho es, pues, el Estado, *la corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio;* o para aplicar un término muy en uso, *la corporación territorial dotada de un poder de mando originario.*

Una serie de investigaciones particulares aclararán y darán un fundamento más profundo al concepto del Estado que acabamos de formular. Las cuestiones relativas a la justificación del mismo, a la naturaleza y extensión de sus fines, problemas todos que son constitutivos del concepto del Estado, así como la doctrina acerca de la soberanía, las trataremos en capítulos independientes.

VII. LAS DOCTRINAS SOBRE LA JUSTIFICACIÓN DEL ESTADO

1. El problema

Las instituciones humanas diferéncianse de los hechos naturales en que deben principalmente su origen y desarrollo a un proceso de voluntad. La voluntad humana jamás obra meramente como una fuerza de la naturaleza. El efecto de ésta hasta tanto que no lo aniquilan otras fuerzas, no es interrumpible. Pero el efecto incesante de las acciones humanas depende de consideraciones de índole racional. No se presentan nunca las acciones y pasiones en la vida social ante la conciencia individual, exclusivamente bajo la categoría de lo que tiene que ser *(Müssen)*, sino siempre bajo la de lo que debe ser *(Sollen)*.

Por esto depende de la naturaleza de nuestro pensar mismo el que presentemos la siguiente cuestión crítica frente a las instituciones sociales: ¿por qué existen? Esta cuestión no va encaminada de ningún modo, como erróneamente se suele considerar, a conocer los orígenes de las instituciones. La respuesta a las cuestiones críticas señaladas aquí debe suministrarnos no un conocimiento histórico, sino principios para las acciones. Las instituciones necesitan para subsistir poder ser justificadas racionalmente ante la conciencia de cada generación.

Éste es el caso del Estado: toda generación por una necesidad psicológica se formula ante el Estado estas preguntas: ¿por qué existe el Estado con un poder coactivo? ¿Por qué debe el individuo posponer su voluntad a la de otro? ¿Por qué y en qué medida ha de sacrificarse él por la comunidad? La respuesta a estas cuestiones ha de enseñar al individuo por qué ha de reconocer al Estado. No se apoyan ellas sobre la base en que descansa el ser de las cosas, sino sobre aquella otra sobre la que gravita el deber ser; no son cuestiones de naturaleza teórica, sino de naturaleza práctica.[1] Ellas forman un fundamento para la concepción política del

[1] En la mayor parte de la literatura consagrada a estas cuestiones no ha llegado a ser visto con claridad el problema; se mezcla y confunde el relativo a la justificación del Estado, con el que se refiere a sus orígenes históricos. Esta confusión se ve muy claramente en Stahl, III², pp. 169-170: Mohl, *Enziklopädie*, pp. 90-91, y Bluntschli, *Die Lehre von modernen Staat*, I, pp. 298-299, explican el aspecto histórico y el especulativo de la teoría de los orígenes del Estado como miembros coordinados de una unidad, y estas dos categorías, lo histórico y lo especulativo, no siempre las diferencian lo bastante. La significación plena del problema la ha visto por vez primera J. G. Fichte, *Beiträge zur Berichtigung der Urteile über*

Estado en cuanto se proponen apoyar o modificar el orden existente del Estado y señalan el punto en que la doctrina de éste necesita [illegible] perfeccionamiento del complemento de la investigación política [illegible] modo sus resultados perderían sus bases firmes. Así lo muestran [illegible] ramente las grandes luchas ideales de la actualidad. El socialismo [illegible] anarquismo niegan la justificación del Estado y consideran posible una sociedad en que éste falte. El probar que el Estado es una institución necesaria y, por consiguiente, con derecho a ser reconocida, es lo que [illegible] mueve a investigar más hondamente su naturaleza, lo que no haríamos si no rechazásemos la posibilidad de que sólo fuera un episodio, una enfermedad en la evolución de la historia de la humanidad.

Para contestar a las cuestiones que hemos expuesto, se puede tomar un doble punto de vista: o se considera al Estado como un fenómeno histórico que adopta en su vida una pluralidad de formas, las cuales [illegible] nen, no obstante, ciertas funciones típicas, o se le concibe como el eslabón de una cadena de elementos trascendentes que subsisten con el [illegible] un ser verdadero y metafísico en el mundo de los fenómenos [illegible] flujo de la filosofía especulativa, fue este segundo punto de [illegible] dominó hasta la segunda mitad del siglo XIX. Mas al perder su poder esta filosofía, la ciencia positiva aparta a un lado la cuestión al comprender que se trataba de un problema meramente especulativo [illegible] sistemas de derecho público de los últimos 30 años no mencionan [illegible] cuestión, porque consideran que la existencia histórica del Estado [illegible] ca a éste suficientemente. Pero la crítica socialista y la [illegible] anarquismo ha vuelto a suscitar el problema.

Bajo el influjo de la concepción del derecho natural se ha designado a las teorías que concuerdan en esta cuestión, como *teorías que fundamentan jurídicamente al Estado*. Pero esta designación es oscura [illegible] exacta, puesto que unifica justificación jurídica y justificación ética y, como habremos de demostrar, una mera justificación política del Estado es imposible. Más bien se trata aquí de una cuestión que, en último término, corresponde a la ética, a saber: si el Estado ha de ser o no reconocido partiendo de una necesidad que es superior al individuo y al Estado y su derecho.

Son innumerables las teorías éticas y, con ellas, los ensayos que tratan de justificar el Estado; pero pueden reducirse a determinadas ideas [illegible]

die französische Revolution. Sämtlich Werke, I, pp. 80-81. Este punto de vista [illegible] también aceptado posteriormente por Eötvös, *Der Einfluss der hersschenden* [illegible] *Jahrhunderts auf den Staat*, 1854, pp. 58-59, y H. Schulze, *Einleitung*, p. 139

[2] Por lo común las doctrinas que habrán de tratarse se refieren al Estado ideal, y [illegible] cuestión de los orígenes históricos al Estado empírico. Véase Hegel, *op. cit.*, [illegible] H. A. Zacariae, I, p. 57; H. Schulze, *Einleitung*, p. 39; Trendelenburg, *op. cit.*, p. 344; Lasson, *op. cit.*, pp. 293-294.

damentales, esto es, comprenderse en un corto número de categorías generales.

Cinco son las direcciones con las cuales se trata de probar la necesidad del Estado, a saber: partiendo de una necesidad *religiosa*, de una necesidad *física, jurídica, moral y psicológica*. Cada una de ellas será expuesta y examinada separadamente en las páginas que siguen.

2. Teorías particulares

a) Justificación teológico-religiosa del Estado

El Estado está fundado por Dios o por la Providencia divina, por consiguiente, todos se ven obligados por mandamiento de Dios a reconocerlo y a someterse a su organización. Esta doctrina es la más antigua y difundida, y tiene plena validez en aquellos pueblos en que la comunidad del Estado y la comunidad religiosa coinciden más o menos: tal sucedía en Grecia y en Roma. Las palabras de Demóstenes recogidas en el *Digesto*, según las cuales hay que prestar obediencia a la ley por ser obra y don de Dios,[3] expresan de una manera relevante la convicción popular de los pueblos antiguos acerca de la sanción divina del orden del Estado.

La evolución de esta doctrina es completamente distinta en el mundo cristiano, que en el mundo antiguo. El cristianismo en su comienzo mostróse indiferente para con el Estado.[4] Pero tan pronto como le fue preciso ponerse en relación con el imperio romano, dijo que debían ser reconocidas las autoridades del Estado y que era preciso someterse a ellas, sin duda para apartar de sí la sospecha de enemistad hacia el Estado. Pero esto cambia tan pronto como el cristianismo triunfa. Mediante san Juan Crisóstomo,[5] y singularmente mediante san Agustín, tiene lugar una gran modificación. San Agustín opone la *civitas Dei* a la *civitas terrena*, la cual no es idéntica al Estado que en la historia nos es dado, pero sigue sus huellas,[6] y explica este Estado terrestre como una consecuencia necesaria de la caída en el pecado. Tiene, pues, el Estado el valor de una obra del

[3] L. 2° *D. De Legibus*, 1, 3: ὅτι πᾶς ἐστὶ νόμος ει ϱημα μὶν και δῶϱον θεοῦ.

[4] Tertuliano, *Apologeticus*, cap. XXXVII: *"At enim nobis ab omni gloriae et dignitatis ardore frigentibus nulla est necessitas coetus, nec ulla magis res aliena, quam publica"*.

[5] El Estado es también para él un mal necesario a causa del pecado. Véase H. von Eicken, *Geschichte und System der mittelalterlichen Weltanschauung*, 1887, p. 122.

[6] Sobre la construcción mística de ambos Estados, en san Agustín, *de civitate Dei*, véase Reuter, *Augustinische Studien*, 1887, pp. 128-129; Rehm, *Geschichte*, p. 156. Aun cuando el fin de san Agustín es ante todo la defensa del cristianismo contra el paganismo, y no es posible encontrar en él claramente formulada la oposición entre Estado e Iglesia (Reuter, pp. 151-152), ha sido interpretada su doctrina posteriormente como descansando en esta oposición y, así concebida, ha influido sobre la política de la Édad Media.

mal que había de recibir al final de los tiempos el pago del pecado. No es este Estado terrestre hijo de Dios, sino hijo del demonio, y por consiguiente, la doctrina del origen divino de la autoridad se encuentra en oposición con ella. Así como el pecado fue permitido o tolerado por Dios, así también lo fue el Estado, y en este sentido ocupa un lugar en el plan divino del mundo. Como todo lo que deriva del pecado, sirve él también para mostrar claramente la gracia divina que promete a los elegidos la salvación; triunfará la gracia cuando el Estado divino se sobreponga al Estado terreno y la eternidad haya consumido el tiempo. Sólo tiene una justificación relativa el Estado que se ofrece a Dios como su servidor, aun cuando pertenezca a la tierra y a la vida perecedera.[7]

Esta idea agustiniana atraviesa toda la doctrina de la Iglesia en la Edad Media,[8] es aún hoy el fundamento de la teoría católica del Estado y fue recibida por la Reforma alemana siendo defendida aún en nuestros días por la ortodoxia protestante.[9] La tendencia práctica de esta doctrina consistía en someter el Estado a la Iglesia, lo cual llevó a cabo poco tiempo después de la cristianización del imperio romano. De la teoría agustiniana tomó Gregorio VII sus armas más poderosas para luchar con el Emperador,[10] como igualmente las tomaron de esta doctrina todos los que se colocan en esta lucha de parte del poder de la Iglesia.

Esta actitud violenta de la Iglesia frente al Estado no podía mantenerse largo tiempo y nace una teoría intermedia cuyos fundamentos fueron buscados por sus iniciadores en épocas más antiguas.[11] Esta teoría considera igualmente al Estado como nacido del pecado, pero además lo creen introducido para protegernos contra las consecuencias del mismo, a saber: el abuso de poder de los fuertes contra los débiles. Gracias a la protección de la Iglesia singularmente, podía el Estado borrar la mancha de su origen.[12] Esta doctrina alcanzó su expresión más conocida mediante la

[7] Véase sobre el último punto Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, pp. 126-127.

[8] Véase Von Eicken, *op. cit.*, pp. 356-357.

[9] Véase Stahl, *Philosophie des Rechts*, III[1], pp. 153-154. Si Stahl mismo dice de san Agustín que rebasa los límites, no por eso es el propio Stahl, a pesar de su afirmación de que el Estado es una institución divina, completamente opuesto a la concepción fundamental de san Agustín, como puede verse por sus observaciones en la *op. cit.*, pp. 48-49; II, p. 179-180. El orden terrenal descansa en el pecado, y la obra del Estado es la de servir a Dios. Como se ve, esto corresponde perfectamente a la vieja doctrina cristiana. Con menos rodeos que Stahl se ha reconocido partidario de la teoría de san Agustín Von Mühler, *Grundlagen eine Philosophie der Staats und Rechtslehre nach evangelischen Prinzipien*, 1873, pp. 126-127.

[10] Principalmente en el escrito famoso dirigido al obispo Hermann von Metz, 1081, Mon. Germ. SS., VII, p. 357. Los pasajes más importantes los ha puesto de relieve Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 524, n. 16.

[11] Véase la prueba en A. Teichmann, *Eine Rede gegen die Bischöfe. Altnorwegische politische Zeitschrift aus König Sverres Zeit. Basler Universitatsprogramm*, 1899, pp. 17 y 22.

[12] Véase Eicken, *op. cit.*, p. 364; Mirbt, *Die Publizistik im Zeitalter Gregors VII*, 1894, pp. 545-546.

famosa teoría de las dos espadas, según la cual, de una interpretación mística de un pasaje del Evangelio de san Lucas se deduce que Dios concedió, para proteger a la cristiandad, dos espadas, la espiritual y la terrenal. Según la concepción clerical, ambas le habían sido dadas al papa, y Dios aparecía, al propio tiempo, como el Señor del mundo. De estas espadas, la espiritual la conserva el papa, y la terrenal se la presta al emperador; "la una es de la Iglesia, la otra sirve para la Iglesia", según opinaba Bonifacio VIII. Los partidarios del emperador, por el contrario, consideran que éste ha sido investido por Dios inmediatamente con el poder temporal. Esta lucha literaria para fijar la relación del emperador con Dios es como el acompañamiento teórico de la contienda formidable entre el Estado y la Iglesia.

En la época moderna también desempeña un gran papel en las luchas espirituales la fundamentación teológica del Estado y es sumamente interesante observar cómo partidos opuestos buscan en la voluntad divina un fundamento a sus pretensiones para dar de este modo a sus exigencias una base jurídica inconmovible. No sólo la institución del Estado en general, sino incluso una forma determinada del Estado, la presentan los partidarios de esta doctrina como revestida de una sanción divina inmediata. De estos fenómenos se deduce que de las doctrinas eclesiásticas no se puede sacar conclusión alguna de estricto carácter político, ya que en cada época los partidos religiosos más opuestos han derivado de premisas teológicas, los principios que les eran más favorables. Así, por ejemplo, en la guerra de los aldeanos, los revolucionarios apoyaron sus exigencias en el Evangelio y, basándose en este mismo, los combate Lutero. Los monarcómacas protestantes del siglo XVI, al igual que los jesuitas españoles de aquella época, afirmaban enérgicamente que era obra recomendada por Dios la de luchar contra los reyes enemigos de la Iglesia que cada cual representa. Jacobo I proclamó el derecho divino de los Estuardos, y los puritanos decapitaron a su hijo apoyándose también en la idea de un mandamiento divino. Tanto el *Commonwealth,* como la formación de los Estados republicanos en Nueva Inglaterra, parten de la idea de que según la ordenación divina, el más elevado poder eclesiástico y político debe tener como cimiento la comunidad del pueblo. Pero el absolutismo del príncipe considérase también como debido a la gracia de Dios. Bossuet prueba, apoyándose en la Sagrada Escritura, que la mejor forma del Estado, la preferida por Dios, es aquella según la cual los reyes son los representantes de Dios, y su trono, el trono de Dios mismo. De igual modo se expresa Luis XIV.

En la época de reacción y restauración que sigue a la Revolución francesa, los partidarios del principio de legitimidad y los miembros de las clases sociales que habían sido aniquiladas por la Revolución, apoderáronse

de estas ideas y consideraron que sólo una Constitución formada históricamente, y favorable a sus pretensiones, podría tener la sanción divina. Lo que los legitimistas franceses esbozaron fue aceptado después por los escritores católicos alemanes y, más tarde, reducido a sistema, desde un punto de vista protestante, por Fr. J. Stahl. El Estado es para él un reino ético-espiritual que descansa sobre la ordenación y el mandamiento divino. Y no sólo el Estado en general es institución divina, sino la Constitución y las personas que de un modo concreto ejercen la autoridad, reciben de Dios su sanción, no ya mediante actos inmediatos, sino por medio de la Providencia.[13] Por tanto, sólo las constituciones que descansan sobre fundamentos históricos se apoyan en la ordenación divina, en tanto que los principios revolucionarios, es decir, aquellos que quieren fundar el Estado sobre la personalidad humana, son contrarios a la divinidad. Prácticamente, sus ideas estaban encaminadas a modernizar el antiguo pensamiento teocrático en interés del partido conservador prusiano.

Rousseau ha criticado con gran mordacidad e ironía el valor científico de todo ensayo que trate de apoyar una forma determinada del Estado en la voluntad divina, al decir que si todo poder viene de Dios, también toda enfermedad tiene que ser enviada por el Altísimo. ¿Se debe por esto prohibir el acudir al médico?[14]

En los tiempos modernos, la teoría teológica del Estado, la cual en su orientación católica presenta un programa con un amplio contenido práctico, ha tomado una actitud más circunspecta. No le preocupa ya fundamentalmente la forma del Estado, sino más bien la relación de éste con la sociedad. Trata de organizar ésta según principios religiosos, y así como antes trató de deducir de principios supremos la política en general, así trata hoy de hacerlo con la política social de la Iglesia; pero en verdad lo que hay es una acomodación de estos principios a relaciones sociales dadas, en interés de la Iglesia, exactamente igual a lo que sucedía antes con la modificación de las formas políticas.[15]

La exégesis de las teorías religiosas, de las cuales no es necesaria hoy ya una crítica seria, ha contribuido en gran medida en nuestro tiempo, a difundir un espíritu antirreligioso en las masas socialistas. La observación, tan a menudo repetida en la literatura socialista, de que la religión satisface exclusivamente la función social de afirmar las relaciones concretas de poder y explotación, es la respuesta inevitable a los ensayos modernos que tratan de unir la religión y la política. La teoría teológica

[13] *Op. cit.*, II², pp. 176-177.

[14] *"Toute puissance vient de Dieu, je l'avoué, mais toute maladie en vient aussi: c'est-à-dire qu'il soit défendu d'appeler le médecin?" Contrat social,* I, p. 3.

[15] Véase, por ejemplo, Périn, *Christliche Politik,* 1876; Pesch, *Liberalismus, Sozialismus und Christliche Gesellschafts ordnung,* 2ª ed., 1901.

del Estado ofrece, de otra parte, al partido clerical bajo su forma católica, el fundamento teórico para su enemiga contra el Estado, por cuanto hoy, como hace siglos, niega el derecho propio e independiente de aquél. Por esto falta a estas doctrinas el objetivo práctico de una justificación del Estado. Lejos de tender a la conservación de éste, tienden a la destrucción del mismo.

Debe hacerse una distinción entre estos partidos políticos que luchan exteriormente valiéndose de armas trascendentes y aquellas doctrinas políticas y teológicas que relacionan con Dios tanto el fenómeno del Estado como la totalidad de su evolución histórica, con lo cual se expresan dos cosas: una, la convicción de la racionalidad del orden del Estado, y otra, la de que el Estado, como todo lo que existe, procede de la causa primera de las cosas. No puede alcanzarse con esta concepción un conocimiento científico satisfactorio, pues deriva todo de la unidad última, con lo que queda por explicar lo individual en su peculiaridad. Asimismo el carácter racional del Estado deviene supuesto por su relación íntima con la voluntad divina, pero no probado, como lo demuestra una ojeada rápida a aquellas doctrinas teológicas que hablan de la convicción de que el Estado está dominado por un carácter antidivino. He aquí por qué necesita la teoría teológica, bajo esta forma, otras razones que traten de justificar el Estado. Vista más de cerca, obsérvase que en sus comienzos Dios es la *causa remota* del Estado, en tanto que su causa próxima ha de ser buscada en otro principio.

b) La teoría de la fuerza

La esencia de esta doctrina consiste en que concibe al Estado como el dominio de los fuertes sobre los débiles, y explica esta relación fundándola en una tendencia de la naturaleza. El Estado descansa, pues, para ella, en una ley natural que el arbitrio humano no puede evitar. Por esto debe reconocer el individuo al Estado, esto es, debe someterse por reflexión pensando que el Estado es un poder natural del cual no es posible evadirse, del propio modo que del calor del sol, de los movimientos de la tierra o del flujo y reflujo de los mares. La teoría de la fuerza es como la forma materialista que se opone a la doctrina teológica. Pedíase en la primera, sumisión a una voluntad divina; pídese en esta segunda, sumisión a las fuerzas ciegas de la vida social.

La teoría de la fuerza tiene antecedentes muy antiguos: de una manera aguda y clara, fue expuesta por los jóvenes sofistas. Para ellos, el Estado sólo era una institución existente en interés de los poderosos con objeto de organizar la explotación social, y el derecho se propone encadenar los

débiles a los fuertes; pero si el fuerte llega a adquirir conciencia de ello, romperá este yugo contrario a la naturaleza y rehabilitará el dominio de las leyes naturales.[16] De una manera breve y epigramática ha sido expresada la doctrina del derecho del más fuerte en las palabras que pone Plutarco en boca de Brennus.[17]

En la época moderna, la teoría de la fuerza no aparece sino en la lucha contra la concepción teológica. Hobbes no concedía más límite al derecho del individuo en el estado de naturaleza que el de su fuerza, y afirmaba que el Estado de fuerza y el Estado contractual eran de igual condición, que tenían iguales derechos con respecto a sus miembros; Spinoza llega a identificar derecho y fuerza. Pero esta proposición, tan mal comprendida frecuentemente, significa tan sólo que en el reino de la naturaleza, que coincide con el concepto del reino de Dios, todo sucede necesariamente, y, por tanto, todo está justificado; que carecemos de una medida objetiva para poder separar lo justo de lo injusto dentro del orden infinito de los fenómenos naturales;[18] y que no puede concebirse una organización jurídica en que falte la fuerza. De aquí que sólo sea posible asignar un carácter relativo al derecho positivo, que no coincida con el círculo de poder del individuo.

En la lucha contra la doctrina contractualista del derecho natural en el siglo XIX ha afirmado C. L. von Haller de una manera rotunda, que la dominación del Estado descansa en la desigualdad de los hombres y es una consecuencia inseparable de las leyes naturales, y que los motivos naturales por los cuales estos hechos acontecen, ni han llegado a su fin ni podrán llegar jamás.[19] En nuestro tiempo, la doctrina socialista acerca de la sociedad, que concibe el orden concreto del Estado como la expresión de las relaciones de fuerza entre las clases sociales, ha dado una nueva forma al pensamiento de los sofistas. Las relaciones efectivas de fuerza, dice Lassalle, en que consiste toda sociedad, constituyen aquella fuerza en todo momento activa que determina las leyes y efectos jurídicos de esta sociedad, a tal punto que, en rigor, ni pueden ser ni son otra cosa que lo que esas fuerzas son,[20] y F. Engels dice, basándose en la doctrina de Marx: "El Estado es el opresor de la sociedad civilizada, pues en todos los periodos ejemplares de la historia ha sido, sin excepción, el instrumento de las clases dominantes y la máquina para mante-

[16] Véase Platón, *Gorgias*, 482, E. s. *Rep.*, I. 338. C. s.

[17] Vitae XI, Camillus, XVII, 3, 4. Que el más fuerte domine es llamado πρεσβὺτατος τῶν νόμων.

[18] *"Per Jus itaque naturae intelligo ipsas naturae leges, seu regulas secundum quas omnia fiunt, hoc est, ipsam naturae potentiam; atque a Deo totius naturae et consequenter unius cujusque individui naturale Jus eo usque se extendit, quo eius potentia". Trat. polit.*, II, 4.

[19] *Op. cit.*, I, p. 340.

[20] *Über Verfassungswesen*, 6ª ed., 1877, p. 7.

ner a los sometidos en servidumbre y perpetuar la explotación de las clases".[21]

La teoría de la fuerza con dificultad se encuentra sin que vaya unida a alguna otra. En Spinoza, por ejemplo, la acompañan ciertos elementos la doctrina contractual; en Haller, elementos de derecho privado patrimonial. Los socialistas modernos, finalmente, consideran que este hecho brutal, que en el proceso de la evolución sólo entra en un momento determinado de la historia económica, consistente en la formación de relaciones de fuerza del Estado, a causa de las luchas de clase, habrá de ser transformada un día, para dar paso a una sociedad que descanse sobre la solidaridad. Efecto de la evolución de las fuerzas naturales, llegará un momento para la humanidad, en que cese la lucha por la concurrencia y, por tanto, lo que denominamos hoy Estado. La sociedad que organice la producción sobre los fundamentos de las asociaciones libres e iguales de los productores llevará toda la actual máquina del Estado a los museos de antigüedades junto a la rueca y al hacha de bronce.[22] De esta suerte, es negada por los socialistas la eficacia del Estado, al menos *pro futuro*, en cuanto necesidad de la naturaleza.

La teoría de la fuerza encuentra aparentemente un fundamento sólido en los hechos históricos, ya que en el proceso histórico de formación de los mismos es una excepción encontrar un Estado que haya nacido sin ser fruto de la victoria; la guerra ha sido, las más de las veces, la creadora de los Estados. Igualmente encuentra esta teoría apoyo en el hecho innegable de que todo Estado por su naturaleza es una organización de fuerza y de dominación. Mas la teoría de la fuerza se propone no la explicación, sino la justificación de lo dado, y esta justificación sólo puede hacerse refiriéndose al futuro y no al pasado. Sin duda, como en otro lugar habrá de ser expuesto, lo dado tiene una significación normativa de las cosas humanas. Pero existe un segundo factor que se opone al reconocimiento de los hechos como normativos, que es el impulso a reformar lo dado conforme a determinados objetivos. Por eso la teoría de la fuerza sólo convence a quienes aceptan lo dado de un modo fatalista y lo consideran inmutable, pero no a quienes quieren hacer el experimento de ver si esto no podría ser de otro modo. Pues el conocimiento de todas las cosas naturales descansa exclusivamente en la experiencia, y es preciso someter tanto más a prueba la experiencia cuanto que a menudo vemos cómo infinidad de leyes que eran consideradas naturales, son erróneas.

Los partidarios de esta doctrina desconocen que este poder de dominación es predominantemente de naturaleza psicológica y no física, lo cual explica perfectamente que sea una minoría en vez de una mayoría

[21] *Der Ursprung der Familie*, p. 143.
[22] Engels, *op. cit.*, p. 140.

la que frecuentemente mande. El poder, por ejemplo, que asegura la dominación británica en la India, no sería suficiente para mantener sometido a su obediencia, por algún tiempo, a un pequeño pueblo germánico. Por esto, las relaciones de dependencia estatistas y sociales están condicionadas ante todo por la riqueza moral y espiritual de los dominadores y dominados.

Las consecuencias prácticas de la teoría de la fuerza son, no las de fundamentar el Estado, sino las de destruirlo, porque si el Estado no es más que una fuerza irracional, brutal, ¿por qué no ha de hacer el ensayo el que está sometido a este poder, de sacudir su yugo, de eliminar la autoridad o de aniquilar nuestra civilización tanto más cuanto que tales acciones, como todo lo que pasa, no quedan fuera de la necesidad de las "leyes naturales"? Puesto que no hay un lazo común que una al dominador y a los dominados, faltan a tal concepción del Estado todos los motivos éticos que podrían evitar el origen y la ejecución de esta doctrina destructora del mismo. De estas doctrinas se han deducido consecuencias anarquistas, al frente de las cuales se encuentra la proposición de que el Estado descansa en el poder y la fuerza, y que es, por consiguiente, ajeno a él una forma superior moral. Y así como mediante esta teoría aparece justificada de una parte una negación, también aparece justificada, de otra, la tendencia a producir revoluciones que transformen fundamentalmente todo lo existente.

Las leyes naturales, pues, tienen valor tan sólo dentro de determinados límites y bajo ciertos supuestos. La concepción mecánico-empírica de la naturaleza y de la historia exige que se comprueben en la práctica estos límites: por esto los planes más radicales y socialistas son, si no consecuencias lógicas de la teoría de la fuerza, sí consecuencias psicológicas, y esto radica en la esencia de la naturaleza humana: no someterse ciegamente a los poderes de la naturaleza, sino ensayar primero si pueden vencerse mediante acciones humanas. Precisamente en la lucha por vencer o idealizar a la naturaleza, consiste la cultura.

Falta, pues, a la teoría de la fuerza, su objetivo, porque no justifica el Estado, sino que lo destruye y prepara el camino a la revolución permanente. Esto nos descubre una gran ironía que ha sido frecuente en la historia de las teorías morales y políticas. La "Restauración de las ciencias del Estado", tan admirada por la reacción alemana, no ha logrado hacer revivir el Estado de la Edad Media, pero en cambio esta teoría ha llegado a ser el pensamiento fundamental, la estrella norte de las tendencias revolucionarias modernas.

Aun para aquellos que se mantienen apoyados sobre las bases del Estado dado, la teoría de la fuerza es un motivo de incitación a la lucha permanente con el orden dado; porque si el Estado por su naturaleza no

es otra cosa que el hecho de dominación, es natural que en los que están sometidos exista la tendencia psicológica de alcanzar por todos los medios la dominación.[23] Esta teoría no puede, pues, oponer a los dominados un motivo que pueda hacer contener sus impulsos, un mejor derecho, es decir, más justo, por parte de aquellos que disfrutan del poder. Por esto sacaron de tales premisas los sofistas la consecuencia irrefutable de que quien esté instruido acerca de la naturaleza del Estado, debe luchar por todos los medios por alcanzar la dominación, y las palabras de Callicles[24] significan la última consecuencia de la sabiduría. Los consejos que da Maquiavelo a los que están en posesión del imperio para permanecer en él necesitan admitirlos los partidarios de la teoría de la fuerza como verdades políticas inconcusas. Acerca de estas teorías puede discutirse a lo más si son o no acertadas, pero no si son viables.

c) Las teorías jurídicas

Por teorías jurídicas entiendo aquellos grupos de doctrinas que apoyan el Estado sobre un principio de orden jurídico considerando a este mismo como producto del derecho. Todas parten explícita o implícitamente de la idea de que hay un orden jurídico que precede al Estado, que le es superior y del cual deriva éste. Bajo tres formas se presenta históricamente esta doctrina: como una institución del *derecho de familia,* de *derecho patrimonial,* o de *derecho contractual.* Nos hallamos, pues, ante las teorías patriarcal, patrimonial y del contrato.

a) Fundamentación del Estado sobre el derecho de familia.— La teoría patriarcal. La concepción de que el Estado procede históricamente de la familia y es como una ampliación de ella se funda en los recuerdos históricos de muchos pueblos. Así, por ejemplo, los griegos se representan el proceso de la formación de los Estados como una ampliación lenta de la familia y como una unificación de varias familias, que de esta suerte llegan a formar una comunidad. Roma igualmente conserva en su organización huellas profundas de una originaria federación de familias. En los escritos bíblicos aparece también el Estado israelita como nacido del seno de una familia. En una época en que no existían las investigaciones científicas acerca de la civilización, el pensamiento estaba teñido de un color teológico, tomándose la familia como base del Estado, y de esta

[23] Esto lo ha demostrado ya Rousseau de un modo brillante: "*Sitôt que c'est le force qui fait le droit, l'effet change avec la cause, toute force qui y surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément, on le peut légitimement, et puisque le plus fort à toujours raison, il en s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort*". (*Contrat social,* I, 3).

[24] Platón, *Gorgias,* 1. c.

manera el derecho de veneración y acatamiento, tanto divino como humano, que se debía a los ascendientes, trasladábase a los directores del Estado como padres de la gran familia. Durante la lucha de Carlos I con el Parlamento inglés fue defendida esta doctrina por sir Robert Filmer,[25] quien consideraba que Adán había sido el rey del género humano, y los monarcas no eran sino los sucesores de Adán, correspondiéndoles, por tanto, ejercer sobre sus súbditos el poder paterno que todos debían reconocerles. Bajo Carlos II fue impreso este escrito, que llegó a ser considerado por los partidarios de la dinastía como una suerte de Evangelio, lo que fue razón bastante para que A. Sidney[26] y Locke protestaran de un modo enérgico contra esta doctrina absurda, pero de gran influjo en su tiempo. Su solo servicio fue dar ocasión a las investigaciones sobre el Estado de Sidney y de Locke; combatirla sería hoy absolutamente superfluo, incluso si se tomase en serio su argumentación, porque el poder paterno ha sido reconocido como producto de una larga evolución histórica. Se trata realmente de una derivación poco desarrollada de las doctrinas religiosas. No se propone siquiera justificar el Estado, sino una forma particular y subordinada del mismo, a saber, la monarquía absoluta; pero de las otras formas del Estado no dice absolutamente nada. Como quiera que considera a la totalidad de los súbditos como eternamente menores, pupilos, sólo halló el aplauso de los que se encontraban espiritualmente en una actitud de menores.

Esta doctrina ha sido expuesta de un modo completamente distinto a como lo hicieron Graswinckel y Filmer, por Hobbes, para quien el Estado patriarcal era una de las formas históricas posibles del Estado natural o del Estado de fuerza, teniendo ésta en aquél el mismo carácter absoluto que en el Estado contractual.[27] Hobbes no hace descansar el dominio patriarcal en el derecho de los ascendientes, sino que lo funda en el consenso entre padre e hijos.[28] De esta manera identifícase esta doctrina con la teoría del contrato como base del Estado.[29]

b) La teoría patrimonial. La concepción de que el orden de la propiedad

[25] *Patriarcha or the Natural Power of the Kings.* Este escrito, que había llegado a ser extraño, ha sido editado en la obra de Locke, *Two treatises on civil Government,* Morleys Universal Library, 2ª ed., Londres, 1887. La misma idea de Filmer, de la que se encuentran rastros muy antiguos, había sido desarrollada por el holandés Graswinckel en su libro *De Jure majestatis,* 1642, polemizando contra los jesuitas Bellarmín y Suárez, el último de los cuales considera en su obra *Tractatus de Legibus de Deo legislatore,* 1619, I, III, 1, que el hombre nace libre de toda autoridad. Véase también Jellinek, *Adam in der Staatslehre,* 1893, pp. 11-12.

[26] Algernon Sidney, *Discourses concerning government,* 1698 (15 años después de la muerte del autor): véase su doctrina. Liepmann, *Die Rechtsphilosophie de J.-J. Rousseau,* 1898, pp. 50-51.

[27] *De cive,* IX, 10, Leviatán, XX.

[28] Leviatán, l. c. Hobbes, *Englich Works,* ed. de Molesworth, III, 1839, p. 186.

[29] Huellas de esta doctrina se encuentran en Haller, *op. cit.,* I, p. 515.

precede temporal, o al menos lógicamente, al orden del Estado, no fue extraña a la Antigüedad. Se encuentra indicada en el libro II de la *República* de Platón, donde los orígenes del Estado son atribuidos a la unión de distintas profesiones económicas y a la necesaria agrupación de las distintas ocupaciones humanas a causa de nuestras propias necesidades. De una manera completamente clara, dice Cicerón que el motivo de la formación del Estado se encuentra en la protección de la propiedad.[30] En la literatura moderna sobre el derecho natural, así como en los teorizadores socialistas de la actualidad, la propiedad ha sido considerada a menudo como la causa del Estado y el fundamento jurídico del mismo; pero una derivación sistemática del Estado de un orden económico preestatista, jamás se ha hecho. La concepción germánica da vigor al sistema feudal al considerar que el rey es el propietario supremo de todas las tierras, con lo cual hace creer al mundo medieval que los Estados particulares se justifican basándose en la propiedad territorial. En Alemania esta idea subrayó la gran significación que tenía la posesión de la tierra para alcanzar y ejercer el derecho de autoridad, con lo cual aparece la posesión de la tierra como un anejo de la soberanía territorial. Hasta el fin de los antiguos imperios ha habido publicistas representantes de esta doctrina,[31] quienes no podían explicar los fundamentos del poder del imperio ya que lo que estaba enlazado *de jure* con la posesión territorial era, no el poder imperial, sino la soberanía territorial. Por lo demás, el Estado patrimonial sólo fue considerado (principalmente por Grocio)[32] como una forma posible del Estado.

Haller fue el primero que dio a la teoría de la fuerza, tan enérgicamente defendida por él, una forma que le ha consentido ser al propio tiempo el representante más vigoroso de la doctrina patrimonial. El poder, que es en realidad el que constituye el fundamento último del Estado, se manifiesta como poder de propiedad en el que radica la razón del reconocimiento del Estado. Los creadores de éste son para Haller hombres independientes a causa de sus bienes, o sea de su poder (príncipes y corporaciones): tan pronto como se alcanza riqueza mediante la posesión de tierras, y se adquiere, por tanto, el poder que va unido a ellas, se entra en la categoría de los príncipes. Éstos y las comunidades republi-

[30] *Hanc enim ob causam maxime ut sua tenerent res publicae, civitatesque constitutae sunt.* De off. II, 21 y 73.

[31] Véase Biener, *De natura et indole dominii in territoriis Germaniae*, 1780, pp. 40-41. Considera la *superioritas territorialis* como una parte fundamental de la propiedad; llama a los príncipes *domini terrae and dominium et superioritatem nati domini hereditarii et naturales*, p. 46. Sobre la teoría patrimonial del Estado en los últimos decenios del antiguo imperio, véase la investigación profunda de Preuss, *Gemeinde*, p. 327.

[32] Grocio establece una distinción entre Estado patrimonial y Estado usufructuario, 1, I, 3 y II; 1, II, 6, 3, 7, 12, categorías que posteriormente fueron aceptadas por Pufendorf y Wolff.

canas dominan por propio derecho, es decir, en fuerza de su libertad y de su propiedad.[33] De aquí que vaya unida a esta manera de concebir las relaciones del Estado una determinada construcción de derecho privado. Pero Haller no nos dice de dónde procede aquella asociación autoritaria de servicios —*Herrschafliche Dienstverbandt*— y particularmente aquel derecho de propietario que crea el orden jurídico. Puesto que esta ordenación no se funda en el Estado, sólo puede ser preestatista, con lo cual el adversario más encarnizado del derecho natural llega a una conclusión enteramente igual a la de sus enemigos.[34] Aquí radica precisamente la crítica más honda que puede hacerse de la teoría patrimonial, ya que su suerte va unida a que se acepte o no un orden de propiedad preestatista. Se ve claro a qué conclusiones arbitrarias puede llegarse partiendo del punto de vista de aquel pretendido orden jurídico mediante el cual el elemento territorial aparece como lo fundamental del Estado y los hombres como lo secundario. Como este derecho preestatista no puede ser encontrado en parte alguna en forma que aparezca indubitable, es fácil conformarlo, dentro del espacio vacío, que la ciencia abarca, con las imágenes de la fantasía política.

En una época en que la investigación histórica y el derecho comparado han alcanzado tan gran desarrollo, no se hace preciso una refutación detallada de la teoría patrimonial como doctrina justificativa del Estado; sin embargo, sus efectos déjanse ver claramente en infinidad de concepciones y doctrinas actuales.[35]

c) La teoría del contrato. La más importante entre las teorías jurídicas es la que considera el contrato como el fundamento jurídico del Estado, no sólo por los hombres que la han representado, sino por el influjo enorme que ha ejercido en la formación de los Estados modernos.

También los orígenes de la doctrina del contrato están lejanos. La idea de que el origen del Estado era producto de la unión contractual de hombres que hasta entonces vivieron ajenos a todo lazo fue conocida en la

[33] *Op. cit.*, I, pp. 473 y 512.

[34] Es cierto, dice Haller, *op. cit.*, II, p. 57, que la propiedad ha sido anterior a todas las leyes humanas y que a menudo subsiste sin las mismas. No hay un solo código que haya introducido u ordenado la propiedad. Por esto tampoco ha nacido del Estado la propiedad, sino por el contrario, aquéllas o dominaciones son las que proceden de la propiedad, ya originariamente adquirida, ya heredada.

[35] Como ejemplo que puede probar el influjo persistente de las teorías antiguas sobre las modernas, mostraremos una admirable disposición de la Constitución de Baviera del 6 de junio de 1818, título III, § I, en que se trata de bienes del Estado. Dice así: "El reino de Baviera en su totalidad forma una sola masa total indivisible e inalienable compuesta de tierra, pueblo, señores, bienes, regalías y rentas, con todos sus accesorios". Lo que aquí se expresa es, con una fórmula de los antiguos francos, el principio moderno de la indivisibilidad del Estado. Los orígenes históricos de estas proposiciones encuéntranse en la pragmática sobre los fideicomisos dominicales de 1804, en Seydel, *Bayer Staatsr.*, I, pp. 133 y 136. Sobre el renacimiento del Estado patrimonial en la Alemania actual, véase el cap. XX.

Antigüedad. Protágoras dice que el origen de los Estados fue una reunión de hombres, libres hasta aquel momento, una ἀθροίζεσθαι,[36] y Platón atribuye a los sofistas el desarrollo de la doctrina de que mediante una inteligencia voluntaria se han agrupado los hombres para protegerse contra la injusticia.[37] Todos los que consideran lo justo como resultado de afirmaciones humanas, habían de convenir con esta concepción, porque para ellos la ley sólo tenía el valor de ser resultado de una concordancia entre los individuos de un pueblo. Los epicúreos fueron especialmente quienes dedujeron de estas doctrinas las consecuencias necesarias.[38] Conforme a su concepción mecánico-atomística, consideraban el Estado como formado por el contrato de los átomos sociales —de los individuos originariamente, sin lazo alguno entre sí—, con objeto de asegurarse de los daños recíprocos que pudieran causarse. Pero no ha sido tanto esta concepción griega, cuanto la judaica y romana, la que ha tenido un mayor influjo en el pensamiento político de la Edad Media y en los comienzos de la Moderna.[39] La unión concertada entre Dios y su pueblo[40] adquiere una importancia considerable para la teoría de los orígenes del Estado. Lo que sucedió para que Saúl fuese instituido rey,[41] la alianza de David con las tribus de Israel en Hebrón, que precede a la ceremonia de la Consagración,[42] son datos de enorme importancia para los orígenes del poder en el Estado. En los siglos XVI y XVII se parte de estos fundamentos para sacar de ellos consecuencias amplias y profundas.[43] En las luchas políticas y religiosas de esta época llegó a ser una fuerza política de valor incomparable la Biblia, y especialmente el Nuevo Testamento. Pero en la Edad Media, el derecho romano influyó no menos que la Biblia para

[36] Véase Rehm, *op. cit.*, pp. 3-4.

[37] *Protágoras*, 322; *República*, II, 359, *a*.

[38] Véase Hildebrand, *op. cit.*, pp. 515 ss. No es nada inverosímil que haya tomado Epicuro sus ideas de Demócrito, como supone Gomperz, *op. cit.*, pp. 416 ss.

[39] Así por ejemplo, para la teoría del tiranicidio que tanta importancia tuvo en otro tiempo, véase Lossen, *Die Lehre vom tyrannenmord in der christlichen Zeit*, 1894.

[40] Así es como han adquirido una gran significación en las concepciones jurídicas, tanto la alianza concertada entre Josué y el pueblo con Jahveh, 2, Reyes, XXIII, 1-3, como la concertada entre Jojada, 2, Cron. XXIII, 16, con el rey y el pueblo, según las cuales éste debe ser el pueblo de Dios.

[41] 1, Sam., IX-XI.

[42] 2, Sam., v. 3; véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 570.

[43] Es interesante hacer notar la confusión existente en este tiempo entre la jurisprudencia y la teología. Junius Brutus, pseudónimo no de Hubert Languet, sino de Duplessi-Mornay (véase G. Weil, *Les théories sur le pouvoir royal en France pendant les guerres de religion*, París, 1891, p. 109), en su obra *Vindiciae contre tyrannos*, 1580, expone la obligación recíproca que han contraido, de una parte el pueblo, y de otra el rey. A pesar de la institución divina de la realeza, hace derivar los derechos del rey, de la voluntad del pueblo, distinguiendo entre *electio* y *constitutio regis* (véase Treumann, *Die Monarchomachen;* Jellinek-Mayer, *Staats-und volkerrechtliche Abhandlungen*, I, 1, pp. 56 ss. y 62 ss. Sobre Mornay y las *Vindiciae*, véase el estudio detallado de A. Elkan, *Die Publizistik der Bartholomäusnacht*, 1905.

los fundamentos de la doctrina del contrato. Los pasajes de Ulpiano sobre la *Lex regia,* mediante la cual el pueblo traspasa su poder al emperador, secundados además por el renacimiento de la jurisprudencia, hace que aquellos pasajes devengan en uno de los puntos de apoyo para la doctrina contractual sobre los orígenes del poder temporal.[44] Las innumerables formaciones corporativas del mundo germano, cuyas constituciones se regulan según el principio de la mayoría e instituyen sus órganos libremente, las concepciones de derecho privado que atraviesan el pensamiento político del periodo feudal, los orígenes contractuales de las relaciones de vasallaje, la frecuente designación de los príncipes por elección, y singularmente la designación en esta misma forma del soberano espiritual y temporal de la cristiandad, las relaciones entre los príncipes y sus Estados, la cual se concibe siempre como descansando en un pacto y llevan siempre el carácter de tal, todo esto da a la doctrina del contrato cimientos firmes, de muchos siglos, en la historia del pensamiento.

Desde sus comienzos, esta doctrina se propuso determinados fines políticos que habían de ser alcanzados por el contrato. Primeramente hallamos la doctrina de los orígenes contractuales del poder en la época de Gregorio VII. Defendíanla los gregorianos para mostrar que el origen del imperio no era de carácter divino, y los antigregorianos, para probar la independencia del emperador respecto del poder pontificio.[45] En la lucha de las ciudades contra los príncipes, se afirma, por parte de ambos, el carácter contractual de sus relaciones, y aquella concepción llega a desempeñar un gran papel en la Inglaterra del siglo XVII y posteriormente en los Estados continentales que de antiguo tenían sus Cortes. Mas durante la Edad Media no era el fundamento de la institución del Estado el que se proponían probar, mediante la doctrina del contrato,[46] sino el poder concreto del mismo.

Sería una equivocación buscar en la Edad Media una doctrina que reconociese en el contrato el último fundamento jurídico del Estado. Dos circuntancias importantes se oponen a que en la Edad Media se funde una doctrina contractualista con aquel valor; una es la concepción de la Iglesia, la cual considera el fundamento del Estado condicionado por un acto de voluntad suprahumana, acto debido al pecado terrenal, con lo

[44] *Inst.* I, 2, § 6, pr. D. *de const. princ.*, I, 4, véase Gierke, *Gen. Recht.*, III, pp. 570 ss.; Bezold, *Die Lehre von der Volkssouveränität während des Mittelalter, Historische Zeitschrift,* 36, p. 323, hace remontar el influjo de estos textos al siglo XI en *Manegold von Lautenbach;* en sentido contrario, Rehm, *op. cit.*, p. 166.

[45] Bezold, *op. cit.*, pp. 322-323; Mirbt, *op. cit.*, pp. 226-227.

[46] Lemayer pone en duda esta proposición; véase *op. cit.*, p. 49, n. 70. Considera que la teoría contractual de la Edad Media corresponde a nuestro concepto actual de Estado, sin advertir que ésta no podía ser el producto de aquella época saturada del autoritarismo aristotélico y cristiano. Para comprender las teorías medievales, es preciso no sacar de ellas consecuencias que sólo eran posibles en una época posterior.

cual la voluntad de los hombres no puede ser reconocida como la única base del Estado; la otra es la autoridad incontrastable de Aristóteles, cuyos puntos de vista acerca de la teoría del Estado hizo suyos la literatura escolástica. No sólo fue santo Tomás de Aquino quien permaneció fiel a la doctrina teológico-aristotélica, sino el audaz Marsilio de Padua.[47] La doctrina del contrato de la Edad Media no es la doctrina de la creación primaria de los Estados, sino de la inserción del poder de mando en los Estados;[48] no es el *populus* quien nace mediante el contrato, sino el *rex*. La doctrina medieval es, por tanto, predominantemente, la doctrina del contrato de sujeción que crea la constitución del Estado, pero no el Estado mismo, y si encontramos aquí y allá rastros de una doctrina del contrato social en que no se trata ya de derivar el poder de un Estado dado, sino en que se pretende constituir al Estado en sí mismo, en cambio no se encuentra en parte alguna una clara explicación de este contrato. Aun allí donde se considera a Dios como la causa remota y a la naturaleza como la causa próxima, y se exige además un contrato para su fundación, no se ha permanecido alejado de las bases de la doctrina aristotélica, a tenor de la cual el originario aislamiento de los hombres y la formación consciente del Estado fueron hechos históricos.[49] Una generalización consecuente de la idea del contrato social habría conducido necesariamente a la idea del individuo como soberano y fuente de toda organización y poder, afirmación que, de haber sido hecha con claridad, inmediatamente se le hubiese rechazado como herética.

Que este contrato social en realidad era un pensamiento herético, lo ha mostrado la historia de un modo claro en la época moderna. Quienes primeramente y de un modo consecuente han llegado a expresar de una manera plena esta idea fueron la Reforma y la Iglesia reformada. En Inglaterra, Richard Hooker fue quien primero afirmó enérgicamente la idea del contrato social como base del Estado, para fundamentar su doctrina de la Iglesia.[50] Los congregacionistas e independientes fueron los

[47] Véase *Defensor pacis*, I, 3-4, 6.

[48] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 626-627.

[49] Véase el cap. II y los escritos citados por Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 629, n. 303, donde se parafrasea la doctrina aristotélica.

[50] *The Laws of Ecclesiastical Polity*, 1. I-IV, fue publicado por vez primera en 1594 y reimpreso en 1888 por Morleys Universal-Library. Dice en el lib. I, 10, p. 91: "*Two foundations there are which bear up public societies, the one, a natural inclination, wherby all men desire sociable life and fellowship; the other an order expressly or secretly agreed upon touching the manner of their union in living together*". [Existen dos motivos que producen sociedades públicas: uno es una inclinación natural por la cual todos los hombres desean la vida social y la compañía; otro es un orden convenido de manera expresa o secreta relativo al modo de unirse a vivir juntamente], y en la p. 93: "*To take away all such mutual grievances, injuries and wrongs, there was no way but only by growing unto composition and agreement amongst themselves; by ordaining some kind of government public, and by yielding themselves subject thereunto; that unto whom they granted authority to rule and govern, by them the peace, tranquility,*

que aplicaron al Estado el principio democrático de la constitución de las comunidades reformadas y desarrollaron la idea de que el Estado era el resultado de un contrato de individuos originariamente soberanos, los cuales en el acto del contrato ejecutaban libremente un mandamiento divino. Esta doctrina crece en suelo inglés y adquiere realización práctica, primeramente, en esta misma tierra y en las colonias americanas.[51]

En el continente aparece la teoría del contrato social bajo una forma imprecisa. Gierke ha tratado de vindicar el nombre de Althusius, no ya como el autor de esta doctrina, pero sí como el iniciador de la moderna teoría científica del contrato social.[52] En este escritor, sin embargo, no existe una investigación clara acerca de la naturaleza del contrato y de la situación del individuo con respecto a él. Los elementos constituyentes de este contrato no son —según Althusius— los individuos, sino las ciudades y provincias.[53] Tampoco se encuentra en Grocio, a quien durante

and happy state of the rest might be procured" [Sólo hay un camino para reprimir las injusticias, injurias y agravios mutuos, el de un convenio o contrato entre sí; concediendo a algunos buenos el gobierno público y sometiéndose los mismos súbditos a ellos, se les garantizará la autoridad para mandar y gobernar por la cual podrá ser procurada la paz, la tranquilidad y la felicidad del resto del Estado]. Hooker fue posteriormente una gran autoridad para Sidney y Locke en su lucha contra Filmer. En él se apoyaron las comunidades o parroquias para la deposición de Jacobo II.

[51] Véase Weingarten, *Die Revolutionskirchen Englands,* 1868, pp. 13 ss. Borgeaud, *Premiers programmes de la Démocratie moderne,* "Annales de l'École libre des sciences politiques", v, 1890, pp. 318 ss.; Jellinek, *Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte,* 2ª ed., 1904, pp. 35 ss. Gooch, *English democratic ideas in the seventeenth century,* Cambridge, pp. 34 ss., 75 ss. Una historia de la moderna teoría contractualista del Estado habría de enlazarse con este movimiento escocés, inglés y americano. Se había venido considerando hasta ahora la evolución de esta teoría política, tan rica en efectos, como un tema principalmente literario. Los fundadores de la doctrina del contrato, no considerando sino aquellos que han hecho época y han ejercido un mayor influjo en la literatura no inglesa, Hobbes y Locke, estaban sometidos más que al pensamiento de los sabios antiguos, a las concepciones populares inglesas que ellos combatían o aceptaban.

[52] Gierke, *J. Althusius,* p. 76 y la adición, p. 329, n. 10.

[53] Althusius, *Politica* (4ª ed., Herborn, 1625, véanse pp. 51-52). Los efectos enormes que produjo la idea del contrato social provienen de que esta doctrina considera al Estado como producto inmediato de la actividad de los individuos. Mas Althusius introduce entre individuo y Estado varios miembros mediadores, que oscurecen completamente la relación de enlace entre la voluntad individual y la existencia del Estado. La doctrina de Althusius sobre el contrato de soberanía, XIX, pp. 326 ss., nace del pensamiento antiguo expresado en una forma clásica y aporta infinidad de citas en apoyo de determinadas proposiciones conformes con el gusto de la época. Los pasajes de la *Dicaeológica* de Althusius, I (2ª ed., Francofurti, 1649, p. 383), c. 81, a la cual se refiere Gierke, no presenta en modo alguno de una manera clara la deducción del Estado del individuo. Que Althusius haya influido en la doctrina de los ingleses, no lo considero probado. En todo caso, Hooker hizo popular en Inglaterra, antes que Althusius, la teoría del contrato social. Esto no queda refutado por las observaciones que recientemente ha hecho Gierke (véase *Althusius,* p. 328, n. 10). Si las observaciones de Hooker son o no populares y oscuras y en cambio las de Althusius constituyen la primera construcción sistemática de la doctrina del contrato social, es una cuestión que queda dentro del terreno de la historia literaria, que en nada modifica el hecho histórico de que los grandes escritores del movimiento democrático inglés se han apoyado siempre

largo tiempo se ha considerado como el creador de la doctrina del contrato: no desarrolla sistemáticamente la doctrina del contrato social. Lo mismo sucede con otros muchos escritores de esta época, en quienes se encuentran indicaciones sobre la citada teoría, pero no una detallada fundamentación contractual del Estado. Más tarde se pensó en esta doctrina como en miembro de un sistema profundo por un hombre que vivía en una atmósfera sobre la que pesaba la idea de este contrato social, a saber: en la Inglaterra de los dos primeros Estuardos. Esta teoría del contrato social principia su historia científica con Thomas Hobbes.

Hobbes se apoya en una concepción mecánica de la naturaleza, fundada sobre las modernas ciencias naturales y la filosofía que las acompaña, la epicúrea. Esta doctrina rechaza la teleología y construye, partiendo de las propiedades de los elementos naturales del ser, el mundo físico y espiritual. Por esto hace derivar todas las relaciones sociales de las propiedades de la naturaleza del individuo. Hobbes distingue dos géneros de Estados: el uno es el Estado natural formado históricamente y descansando sobre relaciones de fuerza; el otro es el Estado constituido, el Estado racional *(civitas institutiva),* el cual lo deriva el investigador, no de la historia, sino de la naturaleza humana;[54] y este Estado institutivo lo explica histórica y no genéticamente por sus elementos.[55] Para este fin construye, mediante la supresión hipotética del Estado, un estado de naturaleza de una manera clara y concluyente (lo que lleva a cabo apoyándose en las concepciones de la Antigüedad y de la Iglesia). En este estado de naturaleza dominaría la guerra de todos contra todos, a causa de ser el egoísmo individual el motivo determinante de la acción, y en tal situación, los mandamientos del derecho natural tendrían tan sólo el valor de

en Hooker y nunca en Althusius, al cual se le nombra de un modo ocasional y entre los escritores de segundo orden de aquella época. Véase Gooch, *op. cit.*, p. 56. La cuestión relativa al influjo literario que haya podido ejercer Althusius, no hay para qué tratarla aquí.

[54] Véase *De cive*, v. 12 *Lev.*, XVII, p. 159. Sobre la conexión de la teoría del Estado en Hobbes con sus ideas filosóficas, véase Robertson, *Hobbes*, Edimburgo y Londres, 1886, y Tönnies, *Anmerkungen über die Philosophie des Hobbes, Vierteljahrschrift f. wissenchaftliche Philosophie*, III-V, 1879-1881, y especialmente IV, pp. 428 ss., y V, pp. 186 ss.; además, del mismo, *Thomas Hobbes*, en *Deutsche Rundschau*, 1889, VII, pp. 94-95, y Hobbes, *Leben und Lehre*, 1896, pp. 199 ss. La última exposición que se ha hecho del sistema completo de Hobbes es la obra póstuma de Leslie Stephen, *Hobbes*, Londres, 1904.

[55] Esto lo ha expresado Hobbes muy claramente en el prólogo a su libro *De cive: "Nam ex quibus rebus quaeque res constituitur ex iisden etiam optime cognoscitur. Sicut enim in Horologio automato aliave machina paulo implicatiore, quod sit cujusque partis rotaeque officium nisi dissolvatur, partiumque materia, figura, motus, seorsim inspiciatur, sciri non potest: Ita in jure civitates, civiumque officiis investigandis opus est, non quidem ut dissolvatur civitas,* sed tamen ut tanquam dissoluta consideretur, *id est, ut, qualis sit natura humana, quibus rebus ad civitatem compaginandam apta vel inepta sit, et quomodo homines, inter se componi debeant qui coalescere volunt, recte intelligatur".* En la aplicación de este método analítico y racional, Hobbes no tiene precursor.

exigencias morales dirigidas a la voluntad, sin ofrecer garantía alguna de que habían de ser satisfechas. El impulso del egoísmo produce el del temor, que a su vez hace nacer en el hombre el deseo de la paz; pero como las propiedades naturales de los hombres no pueden llegar a formar una unión firme entre ellos, sólo puede alcanzarse una paz permanente si todos conciertan entre sí un contrato de unión, cuyo contenido sea el sometimiento de todos a una voluntad.[56] Mediante este contrato, el *status naturalis* se convierte en *status civilis*, y este contrato fundamental es a la vez social y de sujeción,[57] apareciendo, en vez del individuo sin lazo alguno, la *persona civilis*, el Estado. De este modo Hobbes funda el Estado absoluto que tiene un solo órgano dominante (un individuo o una *coetus)* como la foma normal, racional y, por tanto, única que se debe reconocer al Estado. Su doctrina, pues, está en oposición radical con aquellas que consideran al señor o soberano mismo como una de las partes contratantes. No el señor, sino sólo los individuos unos con otros son los que forman el contrato; y aquel que se subleva contra el soberano, rompe el contrato con los demás, contrato que el señor no podría lesionar, porque él, en calidad de soberano, no ha tomado parte en la conclusión de aquél. El Estado natural mismo adquiere un carácter jurídico sólo desde el momento en que los sometidos al poder dan su aprobación para establecer sobre sí un señor, un soberano. Esta forma de Estados justifícase igualmente mediante la idea del contrato.[58]

Como se ve, la opinión tan común de que este agudo pensador se propuso con su doctrina mostrar el devenir del Estado históricamente es

[56] Leviatán, XVII, pp. 156 ss.

[57] Lo formula Hobbes, Leviatán, p. 158, de la manera siguiente: *"Y authorize and give up my right of governing myself, to this man or to this assembly of men, on this condition, that thou giventh up thy right to him and authorized all his actions in like manner"*. Pero esto solamente puede interpretarse como si cada cual expresase la fórmula que le obliga *"as if every man should say to every man"*; mas Hobbes no piensa de ningún modo en un contrato que hubiese de cerrarse un día. Rehm, *Geschichte*, p. 242 (y antes de él, Bischof, *op. cit.*, p. 137), trata de demostrar que Hobbes da como origen del Estado, no uno, sino dos contratos: uno concertado entre los individuos, otro llevado a cabo por éstos con el soberano, por lo cual ellos cederían a éste el derecho que tenían de gobernarse a sí mismos. Mas, según las ideas particulares de Hobbes, nada jurista, y menos romanista, un contrato no se forma por una simple *translatio juris* aceptada por otra parte, sino que entiende únicamente por las palabras *contractus* y *pactum*, contratos bilaterales *(De cive*, II, 9 y 10). Desde este punto de vista, son decisivos para la concepción de Hobbes las observaciones publicadas nueve años después de haberlo sido el libro *De cive*, en el Leviatán, XVIII, p. 161, donde protesta con la mayor energía contra toda relación contractual entre el señor y el súbdito. Al llegar a este punto deduce Hobbes las consecuencias prácticas más importantes de su sistema, frente a las cuales desaparecen infinidad de contradicciones y oscuridades inevitables en todo pensador. Pufendorf, que conocía perfectamente a Hobbes, ha dado (en su tratado *De jure naturae et gentium*, VII, 2, § 9) como base de su concepción el pasaje antes citado del Leviatán, de Hobbes, y conforme a esto ha deducido que el contrato que funda el Estado en la doctrina de Hobbes es un contrato único.

[58] Leviatán, XX, pp. 185 ss.

absolutamente falsa;[59] más bien significa su doctrina una racionalización del hecho de la fundación del Estado, hecho que no ha tenido lugar en ningún tiempo ni en parte alguna.[60] Quiso mostrar a su generación que el sometimiento al poder absoluto era una exigencia de la naturaleza misma del Estado y que se justificaba, por tanto, a causa de esto mismo. Pero no existió en él la idea de considerar que la actualidad esté encadenada a causa de un contrato hecho por una generación largo tiempo ha desaparecida, sino que más bien se deduce de sus observaciones fundamentales que todo hombre, por el hecho de vivir en el Estado, lleva a cabo tácitamente un contrato de unión. Justamente Inglaterra, en la que durante los últimos siglos han sido tan frecuentes los cambios de dinastía, no podía presentarse como Estado *natural*, y por esto existía para Hobbes —como partidario que era de la idea de un poder fuerte del Estado, único capaz de asegurar la libertad espiritual—[61] el problema frente a las teorías revolucionarias de una parte, y las doctrinas del derecho divino de los reyes de otra, de hallar un fundamento racional firme acerca del derecho del soberano. Que éste era el fin fundamental de las investigaciones de Hobbes lo hizo notar Pufendorf.[62] Desde Hobbes permanece la doctrina del contrato social como el fundamento inmutable de la doctrina del Estado según la escuela del derecho natural; pero frecuentemente hállanse mezclados en ella puntos de vista racionales e históricos. El origen de los Estados, como producto de un contrato, es para muchos escritores un hecho histórico que debe servir para dar a la doctrina racional una base empírica inatacable. En este punto, Locke está muy por abajo de Hobbes; para aquél está fuera de toda duda que los comienzos históricos de la vida política consisten en los contratos que fundamentan a los Estados.[63] Aun cuando Locke ha combatido contra la doctrina de Adán, de Filmer, Adán continúa siendo para él el comienzo histórico de la humanidad. Rechaza la fundación del Estado sobre la autoridad de Adán, con lo cual se encuentra con que sólo puede derivarlo históricamente del libre *consensus* entre los hijos de Adán.

[59] Hállase así nuevamente reconocido en Seeley, p. 55, y posteriormente en Ludwig Stein, *Soziale Frage*, p. 357, el que cita mis observaciones, pero sin tomar, respecto a ellas, una posición clara.

[60] Véase Robertson, p. 147, y últimamente las detalladas observaciones de L. Stephen, *op. cit.*, pp. 192 ss.; Liepmann, *op. cit.*, p. 44, ha reconocido justamente que la idea del contrato en Hobbes es la norma de juicio para organizar el Estado conforme a un fin; mas cuando censura a Hobbes el haberse quedado en mitad del camino, no es justo, porque tal reproche en modo alguno parece justificado en vista de la construcción total del sistema de aquél.

[61] Véase Tonnies, *Hobbes Leben*, pp. 207-208.

[62] *Op. cit.*, VII, 2, § 9.

[63] *Two treatises*, II, cap. VIII; también Sidney, cap. II, secc. V, cita varios ejemplos de pactos denominados constitutivos de Estado.

La doctrina de Hobbes acerca del contrato estatista pasó al continente bajo una forma científica, mediante Pufendorf, quien divide el contrato de Hobbes en varios actos implícitos en él: en un contrato de unión, mediante el cual los individuos forman un pueblo en un *decretum* por el cual el pueblo adopta la forma de Estado, y en un contrato de sujeción, mediante el que se le traspasa al soberano el poder de gobernar,[64] con lo que el Estado aparece como independiente de la existencia de la dinastía de entonces. Pufendorf considera el carácter racional de la doctrina, tanto al explicar los contratos como el contenido de voluntad, no expreso, de los que constituyeron originariamente los Estados y, en parte, al considerar que los recién nacidos y los extranjeros quedan sometidos tácitamente al Estado. Pero para Pufendorf es también un hecho histórico que el origen contractual de los Estados, y su doctrina, con diversas modificaciones, fue lo que dominó en el derecho natural hasta fines del siglo pasado, en que se mezcla lo histórico con lo racional.

Rousseau toma un camino completamente distinto respecto a la doctrina del contrato.[65] No hay duda alguna, para quien haya leído realmente su *Contrato social,* que en su obra, que llegó a intimidar al mundo, no se propuso explicar el sistema existente, sino mostrar y justificar aquel Estado que correspondía a la naturaleza de los hombres.[66] Partiendo del hecho de que el hombre ha nacido libre y en todas partes se encuentra encadenado, quiere, no dilucidar la cuestión histórica consistente en saber cómo se ha formado la situación actual, sino más bien resolver el problema de cómo es posible legitimar este estado actual.[67] Después de haber criticado y rechazado las doctrinas hasta entonces combatidas sobre los fundamentos del Estado, toma como punto de partida el princi-

[64] VII, 2, §§ 7 y 8.

[65] Véase sobre él, últimamente, las observaciones enteramente apologéticas de Haymann en su libro *J. J. Rousseau, Sozialphilosophie,* 1898. Aun cuando en esta obra se refutan muchos de los errores comunes acerca de la doctrina de Rousseau, no obstante no ha tenido resultado este ensayo, que ha pretendido hacer de Rousseau el creador de un sistema acabado, de pensamiento enteramente original.

[66] De igual suerte que Rousseau, y tal vez influido por él, *Blackstone Commentaries,* I, p. 52, habla de un "original contract of society". Véase también Rehm, *Staatslehre,* p. 267.

[67] *"L'homme est né libre, et partout il est dans les fers, tel se croit le maître des autres, qui ne laisse pas d'être plus esclave qu'eux. Comment ce changement s'est-il-fait? Je l'ignore. Qu'est-ce qui peut le rendre légitime? Je crois pouvoir résoudre cette question" (Contrat social,* I, 1). En su introducción al Discurso sobre la desigualdad entre los hombres, Rousseau rechazó enérgicamente todo historicismo: *"Commençons donc par écarter tous les faits, car ils ne touchent point à la question. Il ne faut pas prendre les recherches dans lesquelles on peut entrer sur ce sujet pour des vérités historiques, mais seulement pour des raisonnements hypothétiques et conditionnels".* J. G. Fichte, *Beitrage,* W. W., VI, p. 80, combatió enérgicamente en pro de esta concepción justa. Así lo ha reconocido también en nuestros días Stammler, *Die Theorie des Anarchismus,* 1894, p. 14; Liepmann, pp. 95 ss., y bajo una forma más adecuada a la teoría de Rousseau; Haymann, *op. cit.,* pp. 57 ss.; Rehm, *Staatslehre* p. 267, y Gierke, *Althusius,* pp. 348 ss.

pio, defendido ya briosamente por Locke, de que la libertad es inseparable de la naturaleza del hombre, a causa de lo cual no puede renunciarse a ella, para llegar a la exigencia de que sea el contrato social el fundamento del Estado, y de este modo los que acuerdan el contrato se colocan bajo la dirección de la voluntad formada por la comunidad. De este modo, la voluntad del individuo forma parte de la voluntad general, y, por consiguiente, cada cual, en el Estado así construido, permanece sometido sólo a sí mismo, es decir, que el propio principio de libertad aparece amparado por el Estado.[68] Aparentemente, el contrato que, según Rousseau, funda el Estado, tiene puramente un carácter social; mas si se observa con alguna atención, se advierte que pasa en él como en Hobbes, esto es, que va acompañado el contrato social de un contrato de sujeción, ya que el individuo tiene dos cualidades en el contrato: de un lado, es ciudadano y partícipe de la voluntad general; de otro, es súbdito, y, por tanto, está sometido a esta voluntad. Como se ve, pues, el contrato de sujeción en ningún momento deja de estar unido al contrato social.[69]

De estos hechos racionales saca Rousseau una serie de consecuencias profundas y decisivas completamente opuestas a lo existente, puesto que la voluntad general no era, según él, delegable, y tenía a su vez el carácter de indivisible e inalienable, el objeto de la voluntad general, o sea la ley, necesitaba ser el acuerdo tomado en común por el pueblo soberano, cualquiera que fuese la forma de gobierno, ya que su problema no es otro que el de la ejecución de las leyes. El Estado racional y conforme a derecho es, y permanece, la democracia directa, pensamiento cuyo influjo poderoso se refleja aún hoy en los programas de los partidos radicales.

Apoyándose en Rousseau, y en cuestiones de importancia, con independencia de él, Kant,[70] cuya gran autoridad ha servido de sostén hasta muy entrado el siglo XIX a la teoría del contrato,[71] mostró de una manera

[68] Ad. Menzel, *Wandlungen in der Staatslehre des Spinoza*, 1898, pp. 23 ss., ha hecho fijar la atención sobre las profundas analogías de esta doctrina de Rousseau con las de Spinoza. La idea de que en la democracia cada uno sólo está sometido a su propia voluntad, encuéntrase en las concepciones antiguas. Así, por ejemplo, Aristóteles, *Pol.*, VII, 2, 1317, b. 14 ss.: τῆς μὲν ουν δημοκρατίας ὅρος τίος δεύτερος ἐντεῦθεν δ'ἐλήλυθε τό μὴ ἄρχσεθαι, μάλιστα μὲν ὑπό μηδενός, εἰ δὲ μη κατὰ μέρος. καὶ συμβάλλεται παύτη πρὸς τὴν ἐλενδερίαν τὴν κατά ιό ἴσον.

[69] "*A l'égard des associés, ils... s'appellent en paticulier citoyens, comme participant à l'autorité souveraine, et sujets, comme soumis aux lois de l'État.*" I, 6.

[70] Antes que él, Fichte, en la obra ya citada de la época de su juventud, publicada en 1793, casi cuatro años antes de haber aparecido la doctrina del derecho de Kant.

[71] Tratar de explicar los innumerables matices que ha tenido la doctrina del contrato después de Kant nos llevaría demasiado lejos y sería, por otra parte, inútil, ya que no contiene idea original alguna. Se reproducen los antiguos errores. Así, por ejemplo, Rotteck, II, p. 52, explica el contrato constitutivo del Estado como realmente acaecido, es decir, que el contrato es para él el fundamento racional e histórico del Estado.

explícita que el contrato social es de naturaleza exclusivamente racional, mediante las siguientes palabras: "El acto por el cual el pueblo se constituye a sí mismo en Estado, es decir, según la idea del mismo, o sea, la única manera como puede ser pensado conforme a derecho, es el contrato originario mediante el cual todos *(omnes et singuli)* renuncian a su libertad en el pueblo para volverla a tomar como miembros de un ser común, esto es, del pueblo considerado como Estado *(universi)*.[72]

La crítica de la teoría del contrato sólo tiene para qué ocuparse del aspecto racional de la misma. La teoría del contrato como teoría en que se trata de fundamentar los orígenes históricos del Estado es, por su falta de base histórica, imposible de tomar en serio desde el punto de vista de la ciencia moderna. En otro lugar se aclarará el valor de los ejemplos históricos que se aducen para mostrar la fundación contractual de los Estados. Como teoría histórica era la doctrina del contrato la consecuencia necesaria de la cultura de una época cuyo conocimiento de la existencia primitiva del género humano partía de la representación de una situación en que no existía el Estado y de la cual salieron los hombres, por reflexión, para alcanzar un fin claramente reconocido y determinado.

La gran significación y la autoridad secular de que ha gozado la doctrina del contrato descansan en el carácter racionalista de sus ideas fundamentales, en que aparece el Estado creado por el individuo como producto racional de su propia voluntad. No puede darse una justificación más honda del Estado que aquella que prueba al individuo que él mismo lo ha considerado como necesario, y por consiguiente que lo ha creado libre y conscientemente, y el reconocerlo es por tanto la consecuencia de su propia acción. Esta doctrina debe ir, además, unida a todas aquellas que se ocupan del origen del Estado, en cuanto desarrolladas en su totalidad; lo que se propone es dar la base racional no del pasado, sino, como toda doctrina de justificación, exclusivamente del Estado actual y futuro.[73] Aun cuando hayan sido las fuerzas ciegas de la naturaleza las

[72] *Rechtslehre*, § 47, y más adelante: "Tratar de rastrear para descubrir las huellas históricas de este mecanismo es vano, porque no se puede remontar a los comienzos de la sociedad civil (pues los salvajes no acuerdan crear instrumento alguno que ponga de manifiesto su sometimiento a la ley, y de la naturaleza de los hombres salvajes se desprende que han comenzado con la fuerza)". Igualmente véase § 52; pero debe advertirse que antes de Kant había ya combatido Svarez en Alemania por esta idea al redactarse el *Allg. Landrechts*. Svarez funda el ejercicio de todas las funciones por parte de la autoridad superior frente a los miembros del Estado, en el principio del contrato constitutivo del mismo, y continúa así: "Esta proposición fundamental no la tengo, ciertamente, como exacta históricamente, porque la historia prueba, al menos la de la mayor parte de los Estados antiguos y modernos, que éstos han tenido su origen en una sumisión física y moral; pero esto no obstante, es filosóficamente verdadera la hipótesis del contrato y muy cómoda para explicar los derechos y deberes entre el soberano y los súbditos". Véase Stölzel, *Carl Gottlieb Svarez*, 1885, p. 384.

[73] Desde este punto de vista, defiende Eotvos, *op. cit.*, II, p. 61, la doctrina del contrato, que ha sido reconocida por él puramente como una teoría de justificación.

que hayan formado en su actual modo de ser el Estado, ¿por qué no había de ser lo transmitido conformado con nuestra naturaleza esencial como ha sucedido con otras instituciones, por ejemplo, la familia? De aquí que no pueda decirse que se ha refutado la teoría del contrato porque se pruebe que no corresponde a un hecho histórico, cosa que sigue siendo para muchos el argumento fundamental contra la misma.

No obstante haberlo negado, la doctrina de Spencer no es otra que la del derecho natural presentada en una nueva forma. Spencer, siguiendo las huellas de Comte, distingue dos estados sociales que se oponen, a saber: el guerrero, que se basa en la ley, y el industrial, que reposa sobre el contrato. Este último es el que la historia indica para el futuro,[74] con lo cual aparece fijado el fin de la misma allí donde la doctrina del derecho natural veía el comienzo. La sociedad libre, edificada sobre bases colectivistas, tal como el socialismo la sueña y la exige, no es otra cosa que el Estado contractual, al que no se le da el nombre de Estado por la idea de poder coactivo que puede sugerir y por razones de agitación política. Aun rechazando enérgicamente toda fundamentación atomística del Estado y concibiéndolo como producto inmediato de las fuerzas naturales y espirituales, como organismo de cualquier índole, no es posible rechazar la idea, según la cual lo necesariamente objetivo pueda llegar a ser querido también racionalmente, y que en este querer racional, con el cual habría de conformarse y unirse el contenido de los demás quereres, habría de radicar para el individuo la justificación de la exigencia de entregarse al todo. El querer consciente de lo objetivamente necesario es la idea fundamental que incide en algunos sistemas éticos tan profundamente pensados como el del estoicismo en la Antigüedad y el de Spinoza en la Edad Moderna. Es preciso tener siempre presente que el ser y el reconocimiento de lo que es, son dos cosas completamente distintas. De aquí que con palabras polémicas o de lucha, como la de atomismo, mecanismo e individualismo, nada quede refutado.

El error de la teoría del contrato y de toda doctrina jurídica puede decirse que radica exclusivamente en su concepción falsa del derecho. Siempre parten de un derecho que existe sin organización social. Toma una o varias proposiciones de un orden jurídico existente en un Estado y deriva de éste aquéllas, lo que es ingenuo: ὕστερον πρότερον. ¡Cuánto tiempo no ha sido preciso antes de que se haya hallado el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, que tan evidente parece al derecho natural! Que el mero consenso tiene fuerza obligatoria absoluta es, aun hoy mismo, una proposición que no deja de ser válida con algunas excepciones. Además, es imposible mostrar que el derecho objetivo es la

[74] *Op. cit.*, VIII, caps. XVII y XVIII.

consecuencia jurídica y el contenido del contrato fundamental. De esta manera se comprende el hecho tan interesante como rico en doctrina que puede encontrarse, así en los escritores de derecho natural, como en los que tratan del contrato del Estado, a saber: que las exigencias políticas circunstanciales aparecen deducidas de premisas generales, en las que, abierta u ocultamente, habían sido ya introducidas estas denominadas consecuencias. La falta más grave de la fundamentación del contrato en la escuela del derecho natural es la imposibilidad en que se encuentra para mostrar que el consenso dado por los individuos es bastante para unirles de una manera absoluta. Si el hombre es libre por naturaleza, entonces la proposición de Rousseau, la libertad es irrenunciable, capacita al individuo en fuerza de esta irrenunciabilidad de la libertad a romper en cualquier momento el contrato. Y esta última consecuencia lógica del derecho natural la ha puesto de relieve Fichte de manera harto clara. Si alguien cambia de voluntad, desde ese mismo momento no está ya dentro del contrato, ni tiene ningún derecho respecto al Estado ni el Estado respecto a él.[75] Pero si puede un individuo salir del Estado, pueden hacerlo varios, que se encontrarán los unos frente a los otros y todos frente al Estado que acaban de abandonar, bajo el imperio del mero derecho natural, y si los que se han separado desean unirse más estrechamente y acordar un nuevo contrato de ciudadanía bajo condiciones más de su gusto, pueden, en virtud del derecho natural, en cuyos dominios se encuentran, así acordarlo, y de esta manera habrían creado un nuevo Estado.[76]

Desarrollada lógicamente hasta el fin, la teoría del contrato lejos de ser una doctrina que fundamente al Estado, lo destruye. Y si bien esta consecuencia sólo ha sido mostrada por Fichte, débese a que los demás, o han aceptado sin crítica la proposición de que el contrato tiene una fuerza absoluta para obligar, considerándola como dogma indubitable, o bien han levantado otro poder para justificar al Estado a más del principio del contrato. Para muchos, el contrato no es sino la *causa próxima* del Estado, tras el cual está como causa remota, bien un impulso natural, bien una ordenación superior moral, de suerte que estas doctrinas van a desembocar en el camino trazado por las teorías psicológicas y éticas.

Aunque la doctrina del contrato, por consiguiente, no cumple su fin, el

[75] *Op. cit.*, p. 115. El hecho de que los contratos no obligan, según el derecho natural, fue antes ya observado por Spinoza, por lo que su doctrina del contrato como fundamento del Estado (*Tract. theologico-politicus*, c. XVI) sólo tenía por objeto el reconocimiento libre, por parte de sus miembros, de la necesidad objetiva para ellos de una asociación de poder.

[76] *Op. cit.*, p. 148. Fichte continúa después: "A cada revolución corresponde romper con los contratos anteriores y establecer la unión mediante otros nuevos; ambos son conforme a derecho; por consiguiente, también lo es toda revolución en que ambos acuerdos se hacen conforme a ley; es decir, en que esto acontece por un acto de libre voluntad".

influjo histórico que ha ejercido es extraordinario. Todo el Estado moderno se halla saturado del espíritu de esta doctrina, tanto en su estructura, cuanto en sus instituciones. Haremos notar tan sólo que la idea de los derechos de libertad expresamente formulados, la exigencia de la fundación de un Estado de derecho y la satisfacción de esta exigencia mediante garantías jurídicas, singularmente para los derechos públicos del individuo, así como los principios de los partidos políticos y económicos liberales, están formados bajo su influjo. Por la estrecha relación en que se encuentra con la moderna teoría de la soberanía popular, ha sido el fundamento de donde se han sacado las consecuencias que de este principio se han deducido. En la doctrina plebiscitaria de los franceses, en el *referendum* constitucional suizo y americano, pervive el influjo de esa doctrina, así como en las exigencias del partido demócrata-socialista alemán. Señora soberana en el último siglo, ha ayudado a derruir en Europa un mundo antiguo y ha favorecido la reacción de uno nuevo más allá del océano. Las doctrinas políticas —y en esto se asemejan a las religiosas— no influyen en la medida del carácter abstracto de la verdad que encierran, sino por la fuerza y la profundidad con que son capaces de intimidar a los espíritus.

Es común a todas las teorías jurídicas el error de apoyarse en un orden de derecho previo al Estado. Pero, después de haber alcanzado la ciencia moderna una clara visión sobre la naturaleza del derecho, habrán de ser abandonadas todas ellas al pasado, aunque sus efectos continúen dejándose sentir realmente en el futuro.

d) Las teorías éticas

Probar que el Estado es una necesidad moral, y justificarlo de este modo ante el individuo, es ya una consecuencia implícita en las teorías religiosas, puesto que el acto de la voluntad divina que funda al Estado contiene al mismo tiempo una exigencia moral respecto del individuo, cual es, la de reconocerlo. Pero independientemente de los fundamentos religiosos, encuéntrase ya en la Antigüedad la justificación ética del Estado. Para la filosofía antigua, considerada en el momento de su culminación, la vida del hombre fuera de la del Estado no puede comprenderse. En Platón como en Aristóteles, el hombre sólo es hombre en el pleno sentido de la palabra, por vivir dentro de la comunidad ordenada en forma de Estado, ya que sólo dentro de éste puede desarrollarse la totalidad de la naturaleza humana. Fuera del Estado, únicamente se comprende o un Dios o un animal. Pero la perfección moral a la cual debe tender el hombre sólo es posible dentro del Estado. Mas también la doctrina del derecho natu-

ral, como hemos visto, afirma frecuentemente que la *causa remota* del Estado es una ordenación moral. Tal es el caso, por ejemplo, de Hobbes, para quien, en la conformidad de la ley moral con la *lex naturae fundamentalis,* se encuentra la causa remota, y esta ley ordena buscar la paz que sólo se puede hallar de un modo permanente en el Estado.[77] Según los principios de C. Wolff, la necesidad de institutir el Estado es una consecuencia del más alto deber moral o sea, del de perfección.[78] Kant explica la ley jurídica con un imperativo categórico, y, por tanto, también la justificación de una asociación de hombres bajo leyes jurídicas que es el modo como concibe el Estado.[79] Fichte ha descrito más enérgicamente la unión para fundar un Estado como un deber absoluto que había de consistir en realizar libremente el Estado racional. La ley jurídica, dice él en su última obra, contiene para todo hombre, al propio tiempo, una obligación moral de reconocerla y de secundarla. Quien no quiera colaborar en el problema de realizar el Estado racional lesiona el derecho de los demás. Quien tal haga, no debe tolerarlo, sino dominarlo como si se tratase de una fuerza salvaje.

De una manera diferente a como lo ha hecho la escuela del derecho natural, ha afirmado Hegel la necesidad moral del Estado, apoyándose en concepciones antiguas.[80] Considera Hegel al Estado como el sumo grado que en la evolución dialéctica alcanza el espíritu objetivo y le atribuye el valor de realidad de la idea moral. En cuanto el Estado es una realidad que ha devenido facticia, es racional por sí mismo, y el más alto deber del individuo consiste en ser miembro de este Estado.[81] La idea de la necesidad ética del reconocimiento de éste ha sido muy común en la literatura posterior a Hegel, hasta nuestros días, aun cuando expresada de muy diversas maneras,[82] y se encuentra en estrecha relación con la siguiente teoría de que vamos a ocuparnos en primer lugar.

e) Teoría psicológica

A esta teoría pertenecen la mayor parte de los que consideran al Estado como una necesidad histórica, si bien, a causa de la gran oscuridad que

[77] *De cive,* II, 2.
[78] *Jus naturae,* II, §§ 78 y 79, VIII, § 1.
[79] Introducción, § *c,* § 45.
[80] *Staatslehre oder über das Verhältnis der Urstaates zum Vernunftreich,* 1813, W. W., IV, p. 434.
[81] *Philosophie des Rechts,* § 258.
[82] Schmitthenner, *Grundlinien des allg. oder idealen Staatsrecht,* 1845, p. 263. H. A. Zachariae, I, p. 63. Zöpfl, I, p. 80. H. Schulze, *Einleitung,* p. 153. Ahrens, I, p. 271. Trendelenburg, p. 330.

reina en la literatura política, no son completamente conscientes de ello. Puesto que el Estado no existe fuera de los hombres, sino que más bien se lleva a cabo su vida mediante las acciones de los hombres, la necesidad histórica de que se habla sólo puede ser llamada científicamente psicológica. Todos aquellos que creen que el Estado es una formación natural o un producto del espíritu del pueblo, o un hecho histórico, y de algún modo tratan de justificarlo, pertenecen, por tanto, a esta doctrina. El padre de ella es Aristóteles por sus famosas observaciones sobre la disposición del hombre para formar el Estado y la eficacia de los impulsos que lo llevan a formar círculos sociales que le sirvan de complemento. La doctrina psicológica está también en relación mayor o menor con otras doctrinas, como por ejemplo, con la del derecho natural, en cuanto atribuye a determinados impulsos humanos —por ejemplo, impulso social, tendencia a la utilidad, temor— el carácter de motor para las formaciones del Estado. Singularmente se le encuentra en los tiempos modernos unida a las teorías éticas, por cuanto los fenómenos psicológicos del Estado se consideran al mismo tiempo como racionales.[83] Lo que ha llegado a ser en la historia lleva en sí mismo, según esta concepción, la exigencia moral de ser reconocida como racional. Pero dado el apartamiento actual de la metafísica, la cuestión relativa a la racionalidad absoluta del Estado no suele ser ya tratada, y tanto los filósofos[84] como los historiadores, suponen una justificación puramente psicológica del Estado basándolo en la organización humana y en la necesidad histórica de su existencia.

La crítica de estas dos últimas teorías hoy dominantes habrá de ser hecha cuando hagamos la explicación sistemática del problema que pasamos a exponer.

3. Evolución sistemática de la doctrina de la justificación

La ojeada crítica que hemos hecho de las diferentes teorías nos permite ver que no se ocupan de justificar la comunidad del Estado en su totalidad, sino tan sólo uno de sus elementos, principalmente el del *imperium*, esto es, el poder de mando o poder coactivo. Éste es únicamente el que indica el punto en que la voluntad individual se encuentra frente a otra que tiene la exigencia de ser quien la determine y, en caso necesario, la que

[83] Por esto se podrían nombrar aquí muchos partidarios de las doctrinas éticas. Véase Lasson, *op. cit.*, pp. 298-299.

[84] En los sistemas de ética más recientes de Wundt, Paulsen y Hoffding, todos los cuales habrían de tratar *ex professo* del fundamento del Estado, no se explica esta cuestión y apenas si se indica.

la doblegue y aun la aniquile. De aquí que la existencia de un poder coactivo plantee concretamente esta cuestión: ¿por qué debe el individuo someterse a él? Al recurrir a la teoría psicológica para explicar la idea de que existe una tendencia humana a formar el Estado, no da una respuesta satisfactoria, porque lo que puede deducirse de la naturaleza social del hombre es sólo la comunidad o la vida en sociedad; pero no la organización coactiva o el poder coactivo. En la doctrina sobre los orígenes del Estado, lo que explica Aristóteles es la sociedad, pero le falta a su definición del Estado la nota esencial del poder.[85] Aristóteles no prueba en parte alguna, sino que lo supone como evidente, que toda asociación, principalmente la asociación suprema, es autárquica y puede velar por los fines de la misma, necesitando para esto estar provista del poder necesario para vencer las resistencias de los miembros. Igualmente poco satisfactoria es la doctrina que, basándose en la concepción de las ideas aristotélicas,[86] explican el Estado como fruto de un devenir natural orgánico.

El poder coactivo del Estado se ejerce en todo momento por acciones ejecutadas conscientemente contra otras que igualmente han sido conscientemente realizadas. Cuando se habla de la existencia y efectos del poder citado, no se trata de acciones orgánicas e inconscientes, sino de actos conscientes y voluntarios. Hacer derivar este poder de coacción de un impulso orgánico hacia el Estado es absolutamente erróneo, porque un impulso de dejarse dominar no lo reconocería ningún psicólogo; tampoco Aristóteles lo halla en ningún hombre, ni aun en los esclavos. En realidad, aquello a que se refieren los partidarios del "impulso hacia el Estado" no es otra cosa que el impulso social. Pero no basta para dar solución a la cuestión aquí propuesta, recurrir a la existencia ininterrumpida del Estado durante la historia, pues muchas instituciones existentes desde un tiempo remoto han cambiado después su naturaleza y aun perdido su existencia. Sobre la base de la experiencia histórica que estaba al alcance de san Agustín, pudo éste hacer la observación de que la esclavitud duraría sobre la tierra en tanto durase el Estado. No niega la filosofía de la historia de socialistas y anarquistas que la coacción del Estado haya sido un fenómeno histórico necesario; pero exigen, esto no obstante, unos, la ausencia de todo Estado, otros, un Estado sin poder coactivo que habrá de realizarse en el futuro. La teoría histórico-psicológica no

[85] ἡ δ'ἐκ πλειόνων κωμῶν κοινωνία τέλειοσ πόλις ἤδῆ, πάσῆς ἔχουσα πέρας τῆς αὐταρκείας ὡς ἔπος εἶπειν, γινομένη μὲν οὖν τοῦ ςῆν ἕνἕκεν, σῦσα δὲ τοῦ εὖ ςῆν. *Pol.* I, 2, 1252 b, 27 ss.

[86] Aristóteles habla, I, 2, 1253 a, 30, del "ὁρμῆ" que va dirigido a la formación del Estado. Mas esto no es sino la tendencia a la sociabilidad, que se satisface en la forma superior de sociedad; Aristóteles la diferencia de las demás formas de sociedad únicamente por su fin, no por su estructura.

explica la necesidad del poder coactivo del Estado; para ella éste es y habrá de ser una categoría histórica, que como tal, jamás puede ser justificada en sí misma esencialmente, es decir, explica el ser del Estado, pero no, qué deba ser.

Para justificar al Estado necesita esta doctrina un complemento. No puede consistir este complemento en que el filósofo, mediante un acto de autoridad, declare que el Estado es necesario racionalmente, como ha sucedido hasta aquí con la mayor parte de las teorías éticas, las cuales unas veces sublimaban lo dado en la historia y otras aquello que había de alcanzarse, hasta ponerlo en un mundo metafísico. Más bien debe buscarse la prueba de la necesidad del Estado, en la observación cuidadosa del mundo dado y de las personas para quienes está determinada la vida de este Estado. No pueden hacer, por tanto, esta prueba quienes por principio rechazan el mundo y el proceso histórico, por ejemplo, los extremos anarquistas y nihilistas, que únicamente se ocupan de destruir y no quieren edificar, negando toda discusión desde su comienzo. Tan poco convencidos pueden estar éstos del valor del Estado, como el que esté decidido al suicidio, del valor de la vida. La justificación del Estado sólo pueden hacerla, por tanto, los que afirman los principios de la cultura y las condiciones de existencia de la misma. Para éstos, por extremos que pueden ser sus puntos de vista y por enemigos que sean del Estado, la investigación científica habría de dar los siguientes resultados inconmovibles.

Las acciones humanas sólo pueden ser provechosas bajo el supuesto de una organización firme, es decir, de una asociación constante entre una variedad de voluntades humanas. Tanto para ampararse de comunes asechanzas cuanto para hacer un trabajo común, han existido siempre organizaciones de formas múltiples y de valores distintos y continúan existiendo y formándose dentro del seno de la asociación del Estado. Esta misma asociación, creada singularmente por un acto de libre voluntad entre sus miembros, ha menester de una organización provista de medios de fuerza para poder existir y satisfacer sus fines. Sin la existencia de un poder disciplinario, por ligero que sea, no puede ninguna asociación ni ninguna reunión ordenada ejercer su actividad so pena de sufrir por ello menoscabo.

Puesto que al hombre aislado le es imposible alcanzar por sí mismo los fines particulares de su vida, esta imposibilidad es aún mayor cuando se trata de los fines totales de la misma. Éstos sólo pueden buscarse y alcanzarse bajo el supuesto de la existencia de un orden jurídico que señala a cada cual los límites de sus acciones y encamina la voluntad particular hacia los intereses comunes en direcciones determinadas de antemano. Mas el derecho no es el único que limita y regula, y las demás fuerzas sociales que ejercen igualmente esta función, no bastan por sí solas para

asegurar esta limitación en todas las circunstancias. Quien niegue esto y opine que un sistema mutualista de cambio económico había de producir una armonía natural, duradera, entre los intereses humanos, o que el egoísmo racional o cualquier otro de los elementos de nuestra vida psíquica son causa de que las normas de cambio que se realizan sin coacción jurídica,[87] bastan como condiciones de la vida social, tiene, como todos los utopistas, una idea fundamentalmente falsa y unilateral de la naturaleza del hombre, por cuanto cree a éste, a causa de su optimismo oscuro, socialmente perfecto, y atribuye las debilidades de la naturaleza humana a las circunstancias exteriores. Las teorías anarquistas modernas que niegan la necesidad del poder coactivo del Estado[88] son la última consecuencia lógica y práctica de la doctrina jurídica de la escuela de derecho natural, la cual no derivaba la coacción jurídica, según era su intención, de la voluntad del individuo, sino que se veía forzada a hacerlo de otra causa remota. Si se acepta como buena la doctrina de que la voluntad racional individual ha de ser el fundamento último de las instituciones sociales, resulta imposible la coacción jurídica, y lo que realmente aparece con este carácter es, lisa y llanamente, la fuerza.[89] Examinando con atención lo expuesto, se advierte prontamente que el hombre de la teoría anarquista es el esquema vacío de sangre de que se servía el derecho natural, siempre determinándose a obrar por motivos racionales, maduro espiritualmente desde la cuna, es el antiguo Adán bíblico que ha encontrado aquí su último refugio seguro; pero este Adán no tuvo contacto con el pecado y pudo, por tanto, continuar en sus hijos su existencia racional bajo la forma de una sociedad que no adoptase el carácter de Estado.

La transformación socialista del pensamiento anarquista, en el sentido de considerar el Estado como un episodio histórico, se resiente de este

[87] En el cap. XI demostraremos en qué consiste la diferencia de ambas clases de reglas. Stammler, *Die Theorie des Anarchismus*, p. 24, y *Wirtschaft und Recht*, pp. 125 ss., 487b ss., opone a la regla jurídica, la regla convencional, que, según él, no tiene valor sino en vista del libre consentimiento de los que se someten a ella. Ésta es una falsa concepción de las normas sociales no jurídicas que lleva consigo la eliminación del carácter jurídico para todo el derecho dispositivo y le asigna el carácter de "una regla convencional". Del hecho de que pueda sustraerme a una norma social, no resulta en modo alguno que el valor de ésta dependa de mi consentimiento. El valor de una norma semejante, como ocurre con todas las normas, descansa en la experiencia íntima, la cual puede no ser un sentimiento oscuro, o formar una clara convicción de que se está obligado mediante la norma, no dependiendo, por tanto, su validez de la posibilidad de negarla. Stammler opera con el concepto del valor sin explicarlo en sitio alguno; investigaciones como la suyas deberían empezar por explicar la siguiente cuestión crítica: ¿qué es una regla válida y cómo es posible esta validez para la voluntad?

[88] Ésta es la única nota común a la variedad de doctrinas anarquistas, tan distintas entre sí; véase *Eltzbacher, op. cit.*, p. 262.

[89] Esto lo ha mostrado de un modo admirable Bernatzik, *Der Anarchismus*, *Schmollers Jahrbuch*, XIX, 1895, p. 15.

mismo optimismo racionalista para el cual los fundamentos de la sociedad se encuentran en una norma ética, que permanece siempre idéntica a sí misma, como si se tratase de una *poupée* desprovista de vida, es decir, de un hombre educado en libertad que trabaja siempre de un modo placentero y de acuerdo con el colectivismo. A causa de ese elemento, que ninguna teoría puede desconocer, a saber, la carencia de moralidad, la sociedad socialista del futuro no carecerá de criminales. Aun cuando se haya cambiado la propiedad privada de los medios de producción, en propiedad colectiva, continuarán existiendo ataques criminales contra las personas y la libertad, y, sobre todo, se buscará una defraudación al trabajo social. Por esto no podrá existir una sociedad socialista, sin un poder incondicionado de mando para dirigir la producción económica, y este poder coactivo que habría de ser ejercitado contra los que se opusiesen a él, sería, en virtud del mayor valor social de la actividad individual, mucho más fuerte que el de los Estados actuales. Para los miles de intereses sociales que necesitan una centralización moderada, como acontece singularmente con las relaciones de cambio, sería preciso que existiesen funcionarios permanentes educados de un modo especial para esta función. Por esto todas las frases referentes de una sociedad libre y de la supresión del Estado, frases que con tanta energía suelen encontrarse en la moderna literatura socialista, son y vanas y sólo sirven para ocultar ante los ignorantes el verdadero sentido de las cosas.[90]

Pero si admitimos como posible una organización que descanse sobre la armonía de los intereses materiales y, formalmente, sobre reglas no jurídicas de cambio en la vida de la comunidad, si admitimos esta organización, entonces, la coacción de los libremente asociados sería distinta de la coacción del Estado con respecto al individuo, pero de forma más cruel.[91] Una asociación permanente basada sólo en la voluntad libre de sus miembros no concedería a nadie la exigencia de ser aceptado en una sociedad, y podría suceder que muchos, por motivos de antipatía o por otras razones, quedasen aislados y por consiguiente sacrificados.

[90] Véanse desde el punto de vista socialista las acertadas observaciones críticas de Ed. Bernstein, *Zur Geschichte und Theorie des Sozialismus*, 1901, p. 197.

[91] Stammler, *Die Theorie des Anarchismus* pp. 42 ss., funda la justificación del orden jurídico, conforme a la doctrina de la regla convencional, en un momento enteramente secundario, cual es el de que sin este orden jurídico los incapaces quedarían excluidos de la comunidad. Pero cuando se ha reconocido que la validez de la regla jurídica no depende necesariamente del asentimiento de los miembros sociales, el argumento deja de tener fundamento. El amor a los padres, la convicción humana, las reflexiones prácticas, forman reglas que no son ni jurídicas ni convencionales, que son precisamente aquellas por las cuales se ampara a los incapaces. Desde el punto de vista de Stammler, el derecho del derecho *(das Recht des Rechtes)* no podría ser probado. En *Wirtschaft und Recht* justifica el derecho de una manera más acertada, como medio necesario para una legalización de la vida social de los hombres con valor universal.

Además, sería necesario que tuviese cada cual no sólo el derecho de salir de esta asociación libre, sino también el de no continuar con una persona determinada las relaciones de cambio y poder ejercer con respecto a ella el derecho de expulsión, y que este derecho de romper la relación social lo mismo fuera dado a uno con respecto al todo, que al todo con respecto a uno. Lo harían indudablemente si alguno obrase de un modo constante contra los fines de la comunidad. De aquí que una asociación constituida sin un poder de dominación y reposando tan sólo en reglas no jurídicas de cambio, habría de conocer penas tales como la expulsión, la no comunicación, penas más duras que las más graves de cuantas impone actualmente el Estado. La de expulsión viene a ser la sanción para que permanezca voluntariamente sometido a los otros y a las reglas que la asociación establezca.[92] De este modo volverían a reaparecer en otra forma en una asociación de esta naturaleza —si por acuerdo común se llegase alguna vez a suprimir el Estado para instaurar en su lugar una sociedad libre de cualquier forma— el derecho de coacción, y con ellos el *imperium.*[93]

En verdad, sólo el orden jurídico, por muchos que sean sus defectos en los casos concretos y eleve a unos y a otros abata con exceso, ayude a los poderosos y desampare a los débiles, con todo ello, es la única posibilidad de una vida social garantida. La ausencia completa de él haría que fuesen totalmente distintas las relaciones naturales entre fuerzas, pero más injustas de lo que es capaz cualquier orden jurídico.[94] Si alguna proposición es justa, sería la de que el *bellum omnium contra omnes,* había de ser la consecuencia necesaria de la falta de Estado y derecho. Y en una guerra general de esta naturaleza, formaríanse en seguida relaciones de poder y de independencia. Así nos lo enseña la época en que la protección jurídica era insuficiente, la Edad Media, y aún más los tiempos de interregno. La distinción entre el fuerte y el débil, el compasivo y el desdeñoso, el magnánimo y el envilecido, no hay poder que sea capaz de eliminarla. Y por esto no hay duda alguna respecto a cuál de estos tipos le sería otorgada la victoria en una sociedad donde no existiese el derecho.

Además no es posible esto, porque todo cálculo acerca del futuro sólo

[92] Para comprender cuán terrible puede ser el poder de las asociaciones respecto de sus miembros, dada la actual libertad de asociación, véanse las observaciones y datos, ricos en enseñanzas de A. Leist, *Untersuchungen zum inneren Vereinsrecht,* 1904, singularmente pp. 3 ss., y 99-100.

[93] A. Menger, *Neue Staatslehre,* pp. 7 ss. [hay traducción española publicada por la casa Herwich con el título *El Estado socialista],* hace una crítica acertadísima de las contradicciones reinantes entre las doctrinas anarquistas, y muestra, además, que entre los distintos grupos anarquistas necesariamente han de existir luchas y faltará todo medio para decidir pacíficamente la contienda.

[94] Merkel ha demostrado de un modo admirable, *Juristische Enzyklopädie,* p. 21, que el derecho concreto siempre va acompañado hasta un cierto punto de injusticia.

tiene sentido al estatuir como condición necesaria de todas las acciones sociales el derecho. Es imposible igualmente calcular de manera cierta los efectos de los motivos egoístas o altruistas sobre otros individuos en virtud de la variedad ética infinita de los mismos. Sólo el derecho y el poder soberano que lo garantiza puede aunar aquella variedad hasta permitir a todos edificar basándose en la seguridad de las acciones mutuas. La igualdad jurídica originaria de los hombres que proclamara el derecho natural por vez primera ha sido realizada en la comunidad jurídica del Estado, pues todos se encuentran determinados de la misma manera por las mismas normas jurídicas y sometidos a la coacción del derecho.

Quien no participe de la creencia de que los instintos ciegos o la perfección moral general garantizan, mejor que el derecho, la coexistencia y cooperación de los hombres necesita reconocer como necesario lo antes dicho. La vieja alternativa aristotélica tendrá valor eternamente para quien por naturaleza haya de vivir fuera del Estado; es preciso ser Dios o animal.

La cuestión, pues, del fundamento del Estado, coincide esencialmente con la del fundamento del derecho.[95] Esta cuestión antigua y siempre nueva encontró hace siglos una respuesta justa, y aún hoy no se ha hallado mejor solución al problema que la que en parte le fue dada por Aristóteles en aquel pasaje de la *Política* que debe contarse como uno de los en que se ha mostrado una visión más profunda acerca de la naturaleza del hombre. Así como éste cuando alcanza en el Estado su perfección es la mejor de todas las criaturas, así también cuando se desliga de la ley y del derecho es la peor de todas. La injusticia preparada y dispuesta es la más peligrosa, y el hombre ha sido creado con facultades para la reflexión, para la virtud; pero puede usarlas fácilmente en un sentido contrario. Por esto, cuando no tiene virtud, es la criatura más salvaje y perversa de todas desde el punto de vista de la lascivia y de la intemperancia. Mas la justicia (es decir, lo opuesto a esta peligrosa injusticia) va unida al Estado, porque el derecho no es sino la ordenación de la comunidad del Estado, y toma sus decisiones inspirándose en el concepto de la justicia.[96]

Si es posible una justificación científica del Estado, sería un error concluir de aquí que existe una determinada forma del Estado o una división de sus poderes que pueda ser derivada de principios generales como la única justa. Precisamente porque en todas las épocas los partidos políticos y sociales y sus partidarios teóricos se han inclinado a caer en estas doctrinas, es por lo que toda ciencia seria debe apartar de sí tales ten-

[95] Si bien sólo en el Estado puede formarse el derecho, esto no obstante, en todo tiempo toda formación jurídica ha menester de una superior asociación de poder y de derecho. Recuérdese lo antes dicho acerca de la naturaleza dinámica del concepto del Estado.

[96] *Política*, I, 2, 1253 *a*, 21 ss.

dencias. Un tipo ideal de Estado con valor universal sólo puede encontrarse partiendo de principios con fundamento metafísico, acerca de los cuales precisamente jamás existe conformidad. Todo Estado particular en su forma concreta es la obra de fuerzas históricas cuyos efectos se pueden comprender, pero que no son susceptibles de ser representadas en su totalidad por no ser absolutamente racionales. La política práctica y los deseos de los partidos conservan su derecho a cambiar lo dado, y la investigación científica de la política puede y debe abrir camino para que se realicen mejoras; pero una ciencia que concediera un valor especial a la exigencia de los partidos y racionalizase cualquier tipo empírico de Estado y le atribuyese un valor universal, faltaría a su objetivo; no convencería a los que no están convencidos, y en vez de la aprobación suscitaría una oposición que no había deseado, pues todos los que han tratado de estudiar el encadenamiento íntimo de las teorías políticas en su evolución histórica, comprenden que toda apoteosis de una situación concreta del Estado provoca inmediatamente la crítica apasionada y la racionalización de otra opuesta.

De aquí que la justificación del Estado sólo deba atender al Estado presente y futuro. El pasado, como hecho histórico, está ya detrás de nosotros, y es un esfuerzo vano probar que se le debe reconocer. La construcción metafísica puede explicar que lo que ha sido era racional o necesario. Pero el individuo sólo puede juzgar desde el punto de vista de su conciencia moral los millones de dolores y miserias que las relaciones sociales del pasado han producido —sin duda por la participación poderosa de la culpa de los hombres—, los cuales no son comprensibles jamás como obra del destino. La filosofía de la historia de Marx y Engels, la cual elimina el Estado en el futuro, lo justifica con relación al pasado, con lo cual, de una parte, suprimen todo juicio de valoración sobre este pasado, y de otra, afirman que lo que se puede reconocer propio del ayer es preciso superarlo. La consecuencia verdadera de una doctrina como ésta sería rechazar para el futuro toda exigencia práctica respecto a la voluntad, porque si la historia es independiente de toda decisión individual y está gobernada por una necesidad que queda más allá del bien y del mal, entonces esta necesidad se afirma por sí misma y no necesita reconocimiento por parte del individuo.

Mas con una concepción de esta naturaleza nos hallamos sobre los cimientos de las viejas teorías metafísicas que alcanzaron su punto culminante con la dialéctica de Hegel. Quien separe al individuo del proceso histórico habrá de rechazar completamente la cuestión que hemos tratado aquí, ya que la sustancia, el mundo del espíritu, la materia, o como se quiera llamar a la gran x, ejecuta su obra pasando por encima de las cabezas de los individuos; pero si, a pesar de todo, estos sistemas contienen

una teoría de la justificación más o menos clara de las instituciones sociales, sería ésta la prueba más cierta de que nuestro problema no puede ser soslayado ni eliminado del mundo.

Si el Estado está justificado para hoy y para el futuro es que existe en él la exigencia de que ha de acompañarle en su vida un contenido material justificado. El Estado en su forma concreta, en la variedad de sus manifestaciones históricas, sólo aparece justificado mediante los fines que ejecuta. De aquí que la doctrina de la justificación del Estado tenga necesidad para completarse de la doctrina de los fines.

VIII. LA DOCTRINA DE LOS FINES DEL ESTADO

1. El problema

La doctrina de los fines del Estado ha tenido igual suerte que la de la justificación del mismo a la que está íntimamente unida. Durante largo tiempo ha sido el punto central sobre el cual ha girado la discusión de la ciencia del Estado, singularmente durante la primera mitad del siglo XIX en que se consideraba que el conocimiento del Estado dependía de la comprensión exacta que se tuviera acerca de sus fines;[1] pero en la época moderna o bien ha dejado de hacerse tema particular de investigación este problema o ha permanecido ignorado o bien, finalmente, se le ha considerado como una cuestión vana e innecesaria de tratar. Holtzendorff ha basado toda su *Política* sobre la doctrina de los fines; pero su ejemplo no ha tenido continuadores en la literatura moderna.

Para llegar a ver con claridad la naturaleza y significación del problema de que nos vamos a ocupar, es necesario fijar de una manera precisa qué es de lo que se trata, tanto más cuanto que reina la confusión entre los innumerables puntos de vista que se adoptan sobre este tema. A la expresión *fin del Estado* van unidos tres problemas completamente diferentes. Se puede preguntar: ¿qué fin es el que cumple la institución del Estado en la economía de la historia con relación a las últimas determinaciones del hombre? ¿Qué fin ha tenido o tiene un Estado individual determinado en la historia? Y, finalmente, ¿qué fin tiene la institución del Estado en un momento determinado para los que forman parte de él, y, por tanto, para la comunidad?[2] De estas tres cuestiones, la primera y la segunda no pueden ser contestadas con los medios de la investigación empírica. Sólo con plantear la cuestión nos ponemos dentro del terreno de la especulación metafísica, y las más de las veces en el reino de lo arbitrario y caprichoso. De aquí que, para aquellos que no quieran abandonar jamás el terreno de la investigación empírica, hayan de ser consideradas como cuestiones superfluas. Quiero marcar a estas dos cuestiones problemas referentes a los fines objetivos del Estado. La primera, como la que se propone tratar los fines universales del mismo; la segunda, como encaminada a determinar sus fines particulares.

[1] Véase sobre estas teorías Murhard, *Der Zweck des Staates*, 1832, pp. 3 ss.

[2] Hasta ahora nadie ha diferenciado suficientemente estos puntos de vista posibles al tratar el problema del fin.

La primera de estas dos cuestiones, o sea la de los fines universales objetivos del Estado, se ha venido planteando en relación siempre con los sistemas filosóficos, a partir de Platón, y frecuentemente se le ha dado una respuesta. Ha sido el eje sobre el que ha girado toda la especulación política del pensamiento teológico al cual abrió su camino san Agustín. La teología cristiana necesitaba ya, en virtud del problema escatológico, tratar el problema del fin último del Estado. Estas doctrinas teológicas tienen una significación permanente, porque han sido las primeras en concebir los fenómenos de la historia, no como un orden resultante de la sucesión de los hechos humanos, sino como el desarrollo de una actividad que se propone alcanzar un objetivo. Por esto a su vez han dado estas doctrinas un impulso a las ideas modernas de la evolución, aplicadas en un comienzo tan sólo a la historia y después, en nuestros días, a la naturaleza en general.[3]

Esta cuestión acerca de los fines universales, objetivos, del Estado, ha sido negada en la época en que la idea de la evolución ha sido presentada por la especulación filosófica como principio general. Entre los partidarios de la moderna doctrina orgánica del Estado cuéntanse principalmente los que niegan la finalidad del mismo,[4] en lo que tienen perfecto derecho una vez tomada en serio la analogía con las ciencias naturales, porque la cuestión relativa a saber si un organismo tiene algún fin con relación a algo que está fuera de él, no tiene sentido desde el punto de vista empírico de las ciencias naturales. Frecuentemente la teoría orgánica dice que el Estado es fin en sí mismo, es decir, que el fin es inmanente a su ser,[5] lo que no es en realidad sino otra expresión que niega igualmente los fines objetivos del mismo. Pero aún más enérgica que la doctrina orgánica es la concepción mecánico-materialista del mundo y de la historia en lo que toca a la negación absoluta de la finalidad del Estado.

Por el contrario, una concepción teleológica del mundo atribuirá al Estado un valor que trasciende de su mera existencia por cuanto trata de adivinar el sentido de la historia.[6] Depende, por consiguiente, de la con-

[3] El concepto moderno de la evolución en el sentido de progreso o acrecentamiento de valor, procede de Leibnitz, cuya doctrina se ha formado bajo el influjo vigoroso de concepciones religiosas. Él es el que ha expresado de una manera decisiva, por vez primera, esta idea: *"In cumulum etiam pulchritudinis perfectionisque universalis operum divinorum, progressus quidem perpetuus liberrimusque totius universi est agnoscendus, ita ut ad majorem semper cultum procedat". De rerum originatione Opera philosophica,* ed. Erdmann, 1840, p. 150. La moderna concepción naturalista del mundo trata de desposeer al concepto de la evolución, que es racional y teleológico, de este su primitivo carácter originario. Véase sobre la historia del concepto y del problema de la evolución, la profunda investigación de Eucken, *op. cit.*, pp. 185-186.

[4] Así sucede entre los modernos con Preuss, *Gemeinde, Staat, Reich,* p. 281.

[5] Schelling es el primero en decirlo así: *Vorlesungen über das akademische Studium,* 1803, pp. 325-326, y Adam Müller, *Elemente der Staatskunst,* 1809, I, pp. 66 ss.

[6] Estas doctrinas acerca de los fines universales y objetivos del Estado cuentan entre

cepción filosófica que se tenga de la historia, concepción que siempre aparece como parte integrante de una visión del mundo, el valor objetivo que se atribuya a la concepción del Estado. Tales filosofías de la historia jamás desaparecerán del reino de la especulación, pues la reflexión acerca de los límites de nuestro conocimiento no llegará a intimidar el ansia por alcanzar la totalidad del saber. Pero si se conviene en reconocer que, aquí como en todos los órdenes del saber, nuestro espíritu, a causa de su organización, siente una necesidad, que no puede dominar, de completar lo investigado mediante lo desconocido y lo incognoscible, entonces, todas las respuestas a las últimas cuestiones habrán de carecer de la fuerza de convicción general, y además ha de considerárseles incapaces para dar una solución satisfactoria a los problemas reales de la actualidad. De lo más general de estos principios no puede deducirse jamás con certeza algo concreto.

Es completamente arbitraria la teoría de los fines particulares del Estado, según la cual cada Estado ha tenido y tendrá fines enteramente privativos que sólo a él corresponden y que habrían de ser condicionantes de su situación histórica.[7] Al fijar estos fines suele atenderse frecuentemente a una de las actividades varias y cambiantes históricamente del Estado que se observa, y se le explica como si fuese el fin propiamente esencial a su ser. Así, por ejemplo, suele decirse que Roma significa la conquista; Inglaterra, la política de la libertad; el restablecimiento de la unidad de la fe, la España de los Habsburgo; Alemania, la realización del reino de la libertad (Fichte); Rusia, la colonización y civilización del norte de Asia, etc. En la conciencia popular esta teoría juega un gran papel, singularmente cuando se trata de relaciones internacionales. ¡Cuán frecuente es, aún hoy, hablar de los problemas históricos, de las misiones históricas de uno u otro Estado, cuando, en verdad, no se trata de fines objetivos asignados a la historia por un poder superior que la domine, sino de intereses particulares, reales o imaginarios, de cada Estado en especial, creados por la situación histórica de los mismos![8]

ellas las que se proponen que éste sea quien realice los fines de la humanidad (literatura, en la obra citada en Murhard, pp. 306-307); y sea a su vez como una imagen del reino divino. Véase Mohl, *Enzyklopädie*, pp. 84-85.

[7] Las primeras huellas de esta doctrina se encuentran en Montesquieu, XI, 5. Como tipo de esta teoría, puede citarse la proposición de Vollgraffs: El Estado griego fue una asociación humana, social, para la exaltación del hombre en la especie. Véase Murhard, p. 23. Hegel ha unido de manera admirable la doctrina de los fines universales objetivos con la de los particulares, al concebir los Estados como instrumentos inconscientes del espíritu del mundo, cuyo fin inmanente es elevar aquél hasta un alto grado de evolución. Hay pueblos cuya historia tiene un valor mundial, porque en una época determinada y en un momento de evolución fueron portadores del espíritu más alto del mundo, y estos pueblos, si su época pasa, no vuelven a ser mencionados en la historia. Véase *Philosophie des Rechts*, pp. 424 ss.

[8] Véase la nota anterior.

En oposición a este problema de los fines objetivos del Estado encuéntrase el que se refiere a los fines subjetivos del mismo, es decir, a la relación de los Estados con sus fines individuales. Esta cuestión necesita ser planteada y resuelta, y arguye confusión entre ambos órdenes de fines el afirmar que es cuestión infundada. La necesidad de la misma resulta de las reflexiones que habrán de seguir.

El Estado es una unidad de fin; por esto la doctrina social del Estado al partir de una concepción de esta naturaleza acerca del mismo, ha de probar cuáles son los fines que elevan a unidad la variedad que se halla reunida en el Estado. La existencia de tales fines resulta del hecho psicológico irrefutable de consistir la vida del Estado en una serie ininterrumpida de acciones humanas, y como toda acción es necesariamente determinada por un motivo, toda acción es a su vez determinada por un fin. La eliminación de toda finalidad, respecto del Estado en el sentido que hemos dicho, le degradaría hasta hacer de él una fuerza ciega y natural, le robaría toda unidad y continuidad, lo que sólo puede ser hijo o de la falta de claridad o de la ausencia de todo pensamiento. Toda ley, toda disposición, todo nombramiento, todo contrato entre Estados, necesita tener un fin, y un fin conforme a la conciencia de sus autores; es decir, un fin racional, o en caso contrario el Estado no sería sino un gran manicomio.

Lo que pasa con el Estado en este respecto es lo que ocurre con todas las demás instituciones sociales: buscar su fin objetivo (el τέλος, como Stahl lo llama) es problema propio de la especulación, no de la ciencia, tanto más cuanto que las observaciones históricas nos muestran que toda institución ha de ser comprendida, como viviendo en un fluir constante. Partiendo de este principio, necesitamos prescindir de la fijación de un fin permanente; pero los individuos y la comunidad necesitan estas instituciones para sus fines particulares; de aquí que cada época haya tenido su concepción particular sobre los fines de estos institutos, lo cual explica el fenómeno de la evolución de los fines.

Aquí podría caber la objeción, tan frecuente, de que todo Estado concreto tiene en cada época fines propios, y que éstos son los únicos que tienen significación, pero a los cuales no se les puede abarcar dentro de un nombre común.[9] Por diferentes que puedan ser las acciones humanas y por múltiples formas que sean susceptibles de revestir los fines humanos, siempre puede ser fundida esta variedad de fines en algunos que valgan como superiores y últimos. La mayor parte de las acciones humanas, por

[9] Véase, por ejemplo, Gerber, p. 31; G. Meyer, p. 14. Todos estos fines particulares que cambian según la situación histórica y las concepciones del pueblo son susceptibles de ser subordinados a fines subjetivos generales, y sólo porque se desconoce corrientemente el contenido cambiante de estos fines generales históricos es por lo que se puede poner junto a la idea de fines ideales comunes la de fines particulares y atribuir a éstos un carácter objetivo.

confusa que pueda ser la diversidad de fines que inmediatamente se trate de alcanzar, están subordinadas a los fines superiores de conservación de la existencia individual y de felicidad de los mismos individuos. Los medios para conseguir estos fines superiores son varios, del propio modo que los fines intermedios; pero la variedad de estos últimos tiende a convertirse no ya en un escaso número, sino en un solo fin. Por eso es exacta la afirmación de que todo Estado tiene en cada momento fines particulares para sí y para sus miembros, que pugnan por realizar, pero esto no empece para que se reconozca en estos fines particulares un fin general.

Llegados a este punto podría tal vez surgir una duda, cual es, la de si no bastaría comprobar los fines del Estado y considerar indiferente el problema de la reducción de los fines intermedios a fines superiores.[10] Estas dudas se resuelven mediante el reconocimiento de la gran significación teórica y práctica que tienen los fines superiores del Estado, sin conocer los cuales no es posible una ciencia perfecta del Estado. Una definición puramente formal del mismo, en que se prescindiera de la idea de fin, no puede dar una noción perfecta del Estado y omitirá, por consiguiente, la fijación de una nota que sea bastante por sí misma para diferenciar al Estado de todas las otras formaciones que pretenden ser sus iguales cuando no superarlo. A la Iglesia de la Edad Media convienen todas las notas que inciden en una definición formal del Estado. Posee un territorio dividido en provincias y diócesis; tiene la exigencia de extender su dominación a cuantos viven en su territorio; tenía en la cristiandad su pueblo y estaba dotada de un poder que se consideraba independiente de todo poder terreno y cuya soberanía fue superior a la del Estado; da leyes, enjuicia y castiga; tenía una administración mucho más amplia y rica que la del Estado de su tiempo, el cual, en aquel entonces, la tenía rudimentaria comparada con la de la Iglesia.[11] Si esto, no obstante, no era Estado sino Iglesia, se debe a la distinción entre los fines de una y otro; si así no hubiese sido, no habría hecho distinción alguna la conciencia general entre los fines del Estado y los de la Iglesia, y ésta habría absorbido a aquél. Pero aun hoy sólo es posible establecer una delimitación estricta entre Estado e Iglesia conociendo los fines de ambos.[12]

La significación práctica de la determinación de los fines del Estado

[10] Así lo ha hecho Bernatzik, *Kritische Studien*, p. 236, el cual sólo habla de la aplicación del concepto fin a la vida jurídica. En cambio, la doctrina social del Estado necesita adoptar una posición enteramente distinta ante el problema del fin de aquella en que se sitúa la jurisprudencia por ocuparse ésta de intereses inmediatamente prácticos.

[11] Partidarios y adversarios de la curia afirman en la Edad Media el carácter estatista de la Iglesia, que es designada como *res publica, regnum, politia*. Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 540, núm. 51; Von Eicken, *op. cit.*, pp. 388-389; véase también Friedberg, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, 4ª ed., 1895, pp. 45-46.

[12] Véase Rehm, *Staatslehre*, pp. 32-33.

consiste en que mediante ella se completa la necesaria justificación ética y psicológica del mismo. La doctrina de los fundamentos justificativos del Estado sólo podía legitimar la institución de éste, pero no el Estado en su forma individual, y aquí es precisamente donde entra la doctrina de los fines del Estado. Tanto la conciencia ingenua como la convicción científica han de imponerse necesariamente la cuestión de saber por qué las instituciones del Estado, que no son poderes ciegos de la naturaleza, existen y adoptan realmente formas cambiables mediante el influjo de la voluntad humana, y para qué son exigidos los sacrificios que los individuos y la comunidad ofrecen de continuo al Estado. Con la negación oportunista de los principios generales de las acciones de éste, y con la observación resignada "no puede ser de otro modo", o con la afirmación, prácticamente de la misma naturaleza, de que el Estado tiene su fin en sí mismo, ¡cómo pueden justificarse los deberes militares, económicos y judiciales y los otros mil deberes que el Estado nos impone! Por eso se ocupan de este punto la doctrina del Estado y la política práctica. Toda modificación en la organización y legislación de los Estados necesita legitimarse, atendiendo a la finalidad de las mismas. Toda exposición de motivos de una proposición de ley necesita apoyarse, explícita o implícitamente, en los fines del Estado. Por eso la oposición entre los grandes partidos políticos se pone de relieve al mostrarse como antitéticos respecto de los fines del Estado: liberales, conservadores, ultramontanos, socialistas, significan esencialmente diferencias acerca de los problemas que nos ocupan; esto es, diferencias sobre los principios políticos. Tener principios políticos no quiere decir otra cosa que poseer puntos de vista determinados sobre las relaciones concretas ocasionales del Estado y sobre los fines intermedios y últimos del mismo. Sólo partiendo del problema de los fines se puede juzgar acerca del valor o del error de la política de un Estado, la cual no siempre es conocida al que juzga. Todo juicio político, pues, es un juicio de valor teleológico.[13]

Esta concepción de la significación de los fines del Estado se ha mostrado de un modo ostensible en la formación de las confederaciones modernas. Tanto la introducción a la Constitución de los Estados Unidos de América,[14] como la Constitución de la confederación

[13] Las observaciones hechas en el texto nos enseñan claramente que la cuestión relativa a los fines del Estado no es jurídica, sino histórico-política, por lo cual habría de ser expuesta, no en la doctrina jurídica del Estado, sino en la doctrina social del mismo. No hay, pues, ningún fin necesario conceptualmente, sino fines cambiantes según las concepciones de cada época, y las peculiaridades de la teleología no sirven, pues, para la construcción jurídica del concepto del Estado. Por eso la crítica que Preuss, *Über Organpersönlichkeit*, pp. 572-573, hace de la doctrina que exponemos, carece de método. Con la dialéctica jurídica no se adelanta mucho en este orden de cuestiones.

[14] El pueblo establece la Constitución *"in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defence, promote the general*

suiza[15] y la introducción a la Constitución del imperio alemán,[16] estatuyen como motivos expresos de las nuevas formaciones políticas, los fines del Estado que va a ser fundado.[17]

Por importante que sea este último hecho para conocer las ideas vivas que tienen los príncipes y los pueblos acerca de la finalidad del Estado, no por eso se ha de prescindir de determinar los límites de esta teleología política. La afirmación, tan frecuente antes, de que el problema más importante de la doctrina del Estado es el de fijar sus fines, porque de ellos se puede después deducir la totalidad de las actividades del mismo, es completamente falsa, porque, así como no pueden ser producidas las obras de arte meramente por el conocimiento de las leyes estéticas, de la propia manera no puede darse solución a un problema político positivo por simple deducción de los fines del Estado. Si se admite que el fin del Estado consiste en la realización del derecho, entonces no se nos dice qué es lo que debe valer como derecho, porque la forma concreta del mismo depende siempre de las relaciones sociales circunstanciales de un determinado pueblo. Si bien es verdad que un mismo fin puede ser alcanzado por muy distintos medios, no por eso el conocimiento de este fin nos habrá de enseñar cuáles son los medios para realizarlo. Por esto la historia de las teorías políticas ofrece el ejemplo instructivo de que frecuentemente los puntos de vista de partidos, que en una determinada circunstancia tienen los autores, parecían ser deducidos de una manera inmediata y con un carácter de necesidad lógica de los fines del Estado. Frente a estos arriesgados ensayos se necesita comprobar, ante todo, que el contenido concreto de la actividad del Estado sólo puede ser determinado empíricamente y para un Estado particular en una situación igualmente concreta de su vida.

Mas la observación de los fines supremos del Estado continúa siendo siempre para cada uno un regulador de su actividad política. No afirman

welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity". [Para formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, proveer a la defensa común, promover el bienestar general y asegurar a nosotros mismos y a la posteridad contra las infracciones a la libertad.]

15 Constitución federal del 29 de mayo de 1874, artículo 2°. La unión se propone "afirmar la independencia de la patria respecto del exterior, mantener la tranquilidad y el orden en el interior, proteger la libertad y el derecho de los súbditos y promover el bien común de los mismos".

16 El rey de Prusia, en nombre de la confederación de la Alemania del Norte, y los monarcas del Sur, "acuerdan una unión permanente para la protección de los territorios de la unión y del derecho positivo de los mismos, así como para cuidar del bien del pueblo alemán".

17 También han señalado los fines del Estado otras constituciones. Así, por ejemplo, la introducción a la de Baviera, de 1828, habla de las "exigencias generales y particulares del fin del Estado". Esta idea del fin del Estado la ha desarrollado ampliamente la Constitución de la segunda República francesa del 4 de noviembre de 1848. Véase Duguit y Monnier, *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France,* 1898, p. 233.

tanto lo que habrá de suceder, cuanto lo que no ha de hacerse. Y este influjo negativo ha sido históricamente de un gran valor y continuará siéndolo políticamente en el futuro. Toda nuestra cultura moderna descansa sobre la afirmación de que los poderes del Estado tienen un límite y de que nosotros no estamos sometidos como esclavos al poder ilimitado del Estado. Una observación puramente formal y jurídica del Estado jamás puede llegar a conocer la limitación material de la actividad del mismo, sino que no le reconocerá otra limitación que la que a sí mismo se pone, pero sin poder determinar el contenido de esta actividad que se limita a sí misma. La existencia de tales limitaciones se prueba por el conocimiento progresivo de la cohesión interna que va alcanzando el Estado mediante sus fines. El ejemplo más admirable de esto lo ofrece hoy la actitud del Estado respecto de la religión. Después de largas luchas se ha llegado a reconocer que el problema del Estado no puede ser el de dominar las creencias, y esto se ha reconocido por haberse puesto en claro cuáles son los límites en que ha de moverse el Estado atendiendo a su naturaleza y a sus fines. El conocimiento de la significación de los fines jurídicos del Estado ha colaborado profundamente a la superación del Estado-policía, y el conocimiento de los fines de la cultura, a la supresión de instituciones dañosas a la comunidad. Todas las grandes revoluciones de la Edad Moderna han terminado por determinar su posición respecto a los fines del Estado. Esta fuerza negativa reguladora confirma la necesidad de conocer los fines del Estado, ya que en todo momento de la vida política cotidiana ofrece un criterio con que juzgar de las relaciones existentes con arreglo al cual pueda determinarse si lo dado debe ser destruido o transformado. No hay duda de que nos hallamos aquí de nuevo ante uno de aquellos puntos prácticos en que inevitablemente el interés de partido tiende a ocupar el lugar de los intereses del Estado y lo que es molesto a un partido intenta rechazarlo éste como perjudicial a la comunidad.[18]

2. Ojeada sobre las teorías particulares acerca de la finalidad

La historia de las doctrinas de los fines del Estado es tan antigua como la historia de la ciencia del Estado. En Aristóteles, la teleología política, de conformidad con el espíritu total de su sistema filosófico, tiene el valor de punto de partida de las investigaciones sobre el Estado.[19] También

[18] Desde el punto de vista teleológico, se ha dado una multitud de definiciones del Estado que carecen de valor teórico para el conocimiento. Lo que indica, por ejemplo, Rehm, *Staatslehre*, p. 11, como concepto filosófico, político, ético, del Estado, no son sino reglas de juicio teleológico para los Estados reales o imaginarios.

[19] Véase la afirmación que hay al comienzo de la introducción al primer libro de la *Política*.

entre los romanos encontramos observaciones muy rotundas acerca de los fines del mismo, que llegaron a tener un gran influjo en la literatura posterior. En la moderna escuela del derecho natural, afírmase de modo aún más enérgico la significación de los fines del Estado, singularmente en aquellas obras que quieren encerrar en límites concretos la actividad de éste. Al derivar el Estado esta escuela de las voluntades individuales, conviértese éste para ella en una institución nacida y orientada a la satisfacción de los fines del individuo. Tan peculiar es este rasgo a la escuela del derecho natural, que no han faltado quienes digan que todo el problema del fin había sido explicado y aclarado por el derecho natural. Posteriormente, con la victoria de la escuela histórica del derecho y del Estado, fue preciso una revisión de la teleología política, y esto nos ha conducido a una profunda transformación de toda la doctrina. En tanto que antes se afirmaba un fin general del Estado sin hacer una investigación previa sobre su naturaleza y el modo de realizarlo, necesítase ahora, al considerar la realidad práctica de la vida del Estado y aplicar los ideales a los tipos empíricos de los mismos, investigaciones especiales, los resultados de las cuales son mucho más complicados que las afirmaciones generales de las doctrinas antiguas del Estado. Ha de hacerse notar para la evolución moderna que, en tanto antes los filósofos del derecho y los que cultivaban el derecho público eran los que tomaban sobre sí la investigación acerca de los fines del Estado, en la actualidad llevan a cabo esta labor los representantes de la economía política, los cuales son principalmente quienes se ocupan de ello o en ella se apoyan.[20] El formalismo extremo de la nueva doctrina jurídica del Estado cree poder prescindir completamente del contenido de las funciones del mismo, contenido que iguala en importancia al conocimiento de las formas jurídicas, para cuantos quieran conocer la vida total del Estado. Porque no se puede establecer una estricta separación entre contenido y forma en la unidad inseparable de la vida, de un modo consecuente, a pesar de que tengamos conciencia de sus límites recíprocos. De aquí que la doctrina jurídica del Estado opere con la representación de los fines del mismo, incluso cuando no convienen entre sí de manera expresa.

Para tener una visión sintética de las teorías que hemos expuesto hasta ahora, nos ocuparemos en este lugar de la doctrina antes mencionada

[20] Véase Schäffle, *Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirtschaft*, 3ª ed., 1873, I, pp. 28 ss.; *Bau und Leben*, II, p. 433; Ad. Wagner, I², pp. 885 ss.; Von Philippovich, pp. 66 ss. Entre los más modernos juristas, solamente Haenel, *St.-R.*, I, pp. 109 ss. De entre la literatura alemana más moderna, véase además E. Loening, pp. 918 ss. En América, Willoughby, pp. 309 ss., ha hecho objeto de investigación la teoría del fin del Estado. A. Menger ofrece una doctrina especial, *Neue Staatslehre*, pp. 201 ss. (que considera los fines del Estado como fines de los poderosos), doctrina que tiene su antecedente en la antigua teoría del "παρεκβάσεις" de la constitución del Estado.

acerca de la ausencia de finalidad en el Estado o de la que afirma que éste es fin en sí mismo, cuya significación práctica consiste en negar el derecho de los individuos a tomar parte en la organización y dirección del Estado. Bajo esta teoría se oculta una determinada tendencia política. La literatura política conservadora-reaccionaria del primer decenio del siglo XIX ha trabajado —antes que todos Haller—[21] por negar los fines del Estado, de suerte que quede desviada toda crítica que moleste al orden existente. La llamada falta de finalidad en el Estado se reduce en estos escritores a la idea de que el orden social actual es incambiable, y que el fin del Estado consiste en impedir la expansión y la victoria de las ideas revolucionarias.

Sólo aparentemente puede ser incluida aquí otra doctrina, nacida al calor de la teoría orgánica del Estado, que considera lo que se llaman fines como las funciones propias del mismo.[22] Ésta es una idea oscura que descansa en un falso analogismo con la concepción del organismo natural; porque funciones del Estado quiere decir acciones del Estado, y toda función necesita tener un motivo, por consiguiente un fin. Si tiene funciones el Estado, entonces necesariamente ha de tener fines. Pero tomar las funciones por los fines es confundir medio y fin.

Las antiguas doctrinas reconocían al Estado un fin frente al de los individuos y al de la comunidad y tomaban sus principios, por lo común, del *tipo ideal del Estado;* ellos sólo conocían, por tanto, un fin abstracto, y carecían en cambio de una determinación concreta. A estas doctrinas las llamaremos teorías de los fines absolutos. Se proponen afirmar un fin único para el Estado, el mismo para todos los tiempos, que habrá de permanecer idéntico a sí mismo en todas sus formas y que contiene en su unidad a los demás fines. Al no partir estas teorías de lo existente, sino del Estado perfecto, resulta que jamás corresponde la realidad a su ideal teleológico; mas como este ideal debe tender a ser realizado, existe en el fondo de esta doctrina un principio vigoroso de agitación política, por lo cual ha ejercido siempre un influjo práctico no desestimable.

Las teorías absolutas se oponen a las de los fines relativos y concretos del Estado, las cuales han sido alcanzadas gracias a la representación histórica y mudable del problema del Estado y de las relaciones concretas estatistas, así como mediante la cuidadosa investigación de la limitación natural de la actividad de aquél.

Debemos citar en primer lugar las teorías *absolutas.* Se nos ofrecen divididas en dos grandes categorías: o favorecen la ilimitada extensión

[21] *Op. cit.*, I, pp. 470 ss.

[22] Lasson, *op. cit.*, pp. 310 ss.; Waitz, *op. cit.*, p. 11, niega el fin del Estado desde el punto de vista de la doctrina orgánica; pero en la p. 16 distingue las diferentes esferas de la actividad del Estado.

del poder del Estado o encierran a éste en límites fijos. A las últimas pertenecen las doctrinas de los fines *expansivos* y de los *limitativos* del Estado, dentro de las cuales caen las teorías absolutas.

a) Las doctrinas de los fines expansivos del Estado

A. Teoría eudemonista utilitaria. Esta doctrina es la más antigua. Fórmase especulativamente y es de suma claridad para las conciencias ingenuas. Parece evidente desde luego que el bienestar del individuo y de la comunidad sean el objetivo supremo y único de toda organización pública. La antigua doctrina del Estado está edificada sobre la idea del eudemonismo, el cual, a su vez, constituye el fundamento de la ética helénica. Empero la eudemonía es formulada de muy distintos modos por las diferentes escuelas. Los modernos sistemas de moral utilitaria son impulsados a esta consecuencia, a saber: a definir el Estado como una institución que sirve para la utilidad común.

Pero cuando se intenta llevar a la práctica estas ideas, surgen inmediatamente grandes dificultades; porque el concepto del bienestar y el de que le es tan próximo, el de la utilidad, a tal punto son susceptibles de interpretaciones varias a causa de su indeterminación, tan fuertemente dependen de las concepciones subjetivas, que todo es posible deducirlo de ello y todo en realidad se ha deducido. En todas las épocas se han puesto bajo la advocación del bienestar común los ataques más violentos que se han dirigido a los más altos e importantes bienes del individuo. Por esto la doctrina del bienestar ha sido aceptada por quienes han tratado de ampliar ilimitadamente el círculo de actividad del Estado. Ésta es la teoría clásica del Estado-policía y del Estado absoluto. Por eso se formó principalmente en el siglo XVIII, en la época del despotismo ilustrado, para apoyar a éste. La filosofía de Christian Wolff ha sido principalmente la que introdujo esta teoría, en cuanto afirmó que el más alto fin del hombre ha de tender a alcanzar la felicidad en que consiste la perfección, y ésta ha de ser a su vez el fin al cual se dirijan las acciones del prójimo. Wolff mismo afirma que la *vitae sufficientia, tranquillitas et securitas,* de las cuales las dos últimas son condición para alcanzar la *felicitas,* constituyen el fin del Estado,[23] y en tanto lo exijan estos fines, necesita el individuo permitir una limitación de la libertad. Pero la política ha demostrado que frecuentemente estas limitaciones equivalen al aniquilamiento de la libertad. Bajo el influjo de Wolff, principia a formarse desde Justi[24] la teoría del Estado-policía, la cual considera justificado todo ataque a

[23] *Jus naturae,* VIII, § 4.
[24] *Grundsatze der Polizeiwissenschaft,* 1756.

la vida jurídica individual siempre que sea necesario al bien general, de lo cual nos ha ofrecido un testimonio claro en la legislación el derecho general de los Estados.[25] Pero no sólo se ha inspirado en las teorías eudemonistas el absolutismo monárquico, sino también el absolutismo democrático, pues los jacobinos han declarado oficialmente el bien común como el fin supremo del Estado, lo cual significa, prácticamente, sancionar el poderío ilimitado de las mayorías.[26] Los primeros comunistas modernos, Babeuf y sus partidarios, se han inspirado igualmente en esta misma doctrina de la felicidad común para justificar sus locuras respecto a la transformación de la sociedad.[27] Apoyándose en la doctrina utilitaria de Bentham, según la cual el fin único de todas las instituciones sociales consiste en alcanzar la más alta felicidad del mayor número, puede llegarse como consecuencia última de las acciones del Estado, a aniquilar los intereses espirituales más altos cuando por su naturaleza sólo son intereses de una minoría, y a rebajar el nivel espiritual y moral tomando como medida lo más bajo, pues el que se encuentra en lo alto puede ser deprimido, mas no puede ser elevado a una gran altura el tipo medio.[28] Todo progreso, toda mejora de lo existente, todo sacrificio de lo actual en aras de un futuro lejano, puede ser rechazado desde el punto de vista del bien. Este bien común está determinado por las concepciones especiales de partido y por apreciaciones subjetivas de los que circunstancialmente detentan el poder.

Falta precisamente a la teoría del bienestar o de la utilidad toda medida, toda limitación interna. El elemento de verdad que hay en ellas sólo puede alcanzarse mediante un análisis minucioso de los problemas concretos del Estado, análisis detallado que jamás han puesto en claro los fundadores y partidarios de estas teorías abstractas.

B. Las teorías éticas. Muy unido a las anteriores doctrinas está aquella según la cual el fin del Estado consiste en la realización de la moralidad; considera esta doctrina el bien más próximo como el bien moral. El nacimiento de tal teoría tuvo lugar entre los helenos. Platón asigna como objetivo al Estado ideal, la realización de la justicia que coincide con la virtud total, y Aristóteles, para quien el Estado ha nacido meramente por la voluntad de los hombres, cree que éste no existe sino para alcanzar un bien, esto es, una *eudemonía,* no sólo física sino también moral. Con Hegel ha tenido lugar un renacimiento muy peculiar de estas doctrinas

[25] Murhard, *op. cit.*, p. 178, trae una extensa bibliografía. Sobre el Estado-policía también hace una excelente exposición O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, pp. 38 ss.

[26] Constitución jacobina del 24 de junio de 1793, artículo I: *"Le but de la société est le bonheur commun".*

[27] Véase L. von Stein, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, I, pp. 176 ss.

[28] Véanse sobre esto las acertadas observaciones de Ed. Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Bewusstseins*, 1879, pp. 589 ss.

antiguas; este autor explica el Estado como la más alta forma de la moralidad objetiva. Pero la teoría de Hegel es una doctrina metafísica de los fines del Estado. La idea tiene el poder de advenir racional en la realidad política y no necesita para esto de la acción consciente individual, sino que más bien los individuos son como los instrumentos que llevan a cabo de una manera inconsciente los hechos que exige la necesidad dialéctica.

Una manifestación de la teoría ética es la doctrina que atribuye al Estado una función religiosa, tal como corresponde a la confusión de lo espiritual y lo terrenal de la Edad Media, doctrina que reaparece en el siglo XIX en forma de exigencia contenida en estos términos: el Estado debe ser un Estado cristiano y tener como fin la realización de la doctrina del cristianismo. Esta teoría de los legitimistas y los sacerdotes franceses ha sido defendida principalmente por Stahl, para quien el Estado tiene una misión divina, en virtud de la cual su fin "no es meramente realizar el orden moral, sino también servir y obedecer a la persona de Dios y levantar un imperio en loor del mismo".[29]

De esta teoría, así como de todas sus derivaciones, debe decirse lo mismo que de las eudemonistas, a saber, que a consecuencia de ellas, el precisar qué es lo moral, depende de las convicciones de los que dominan, los cuales pueden estar en el terreno de la moral religiosa en abierta oposición con la de los gobernados. Desconoce esta teoría los límites de lo que al Estado es posible hacer, porque la moralidad, en cuanto es una disposición interior, jamás puede alcanzarse mediante un poder exterior. El resultado práctico de estas teorías en todas sus formas es la arbitrariedad del gobierno y el aniquilamiento de la libertad espiritual en el individuo. La teoría del Estado cristiano expone además la misión de la Iglesia, en cuanto la hace servir para otros fines distintos de los que a ella le son propios.[30] Para el Estado católico significa esto una nueva subordinación de la espada terrena a la espiritual y un descenso de soberano a vasallo de la curia romana.

Échase de menos en las teorías morales, una investigación especial que precise en qué han de consistir las acciones morales del Estado. Las doctrinas éticas en su aspecto religioso no ven la diferencia profunda que existe entre Estado e Iglesia, diferencia que, no obstante, es una consecuencia necesaria del universalismo de la religión cristiana que está sobre la variedad empírica de Estados, y no puede justificar la diversidad de confesiones cristianas que encierran dentro de sí los modernos Estados

[29] II², p. 179. Véase también de este autor, *Der christliche Staat*, 2ª ed., 1858.

[30] Véase la acertada crítica de este teoría, en Hinschius, *Allgemeine Darstellung der Verhältnisse von Staat und Kirche*, en los Manuales Marquardsen, I, 1, pp. 240 ss. Nuevamente ha sido combatida este teoría por Jacobowski, *Der Christl. u. s. Zukunft*, 1894.

y cuyas concepciones respecto del mismo no concuerdan. Que el Estado sea del propio modo que la Iglesia una fundación de índole sagrada, es contradictorio en sus fundamentos con el cristianismo, y sin embargo, ésta sería la consecuencia lógica íntima del Estado cristiano. El contenido práctico utilizable de estas teorías, esto es, proteger y favorecer los intereses morales y superiores del pueblo, está justificado mediante la doctrina de los fines relativos del Estado.

b) La doctrina de los fines limitados del Estado

En oposición a las doctrinas de que acabamos de hablar, encuéntranse aquellas otras que ponen al Estado, en vista de sus fines, grandes limitaciones respecto del individuo. Tres formas adoptan estas doctrinas: asignan como fin o la seguridad, o la libertad, o bien consideran que su fin es el derecho. Las tres forman una, porque la seguridad es el efecto del derecho. La teoría de la libertad pone lo subjetivo como lo fundamental para el derecho, en tanto que la teoría jurídica pone en este primer plano el derecho objetivo. La teoría de la libertad tiene distintas ramificaciones; así, por ejemplo, unos consideran que lo esencial es la libertad espiritual (Spinoza); otros, que el único bien cuya protección y amparo constituye el fin del Estado, lo forma la esfera del derecho privado (Locke). Pero en los tiempos modernos, la teoría que ha adquirido más importancia es la que considera que el fin único del Estado consiste en la realización del derecho objetivo, del orden jurídico. Se ha hecho derivar esta doctrina últimamente de la alta autoridad de Kant, bajo cuyo influjo se encuentran infinidad de escritores en los últimos decenios del siglo XVIII y en los primeros del siglo XIX.[31]

Que la realización del derecho ha de contarse entre los fines del Estado jamás ha sido, en teoría, desconocido; hasta los partidarios de las demás doctrinas lo exigen; pero al estatuir otros principios supremos a los cuales subordinan el derecho, sucede a menudo que el derecho necesita ceder, por exigirlo así el fin supremo del Estado. Mas contra esta turbación del derecho y el desvalimiento, que de él se sigue, del individuo frente al poder del Estado, se levanta precisamente la doctrina que asigna al Estado, como fin exclusivo, el derecho. Históricamente ha de ser interpretada esta doctrina como una protesta enérgica contra la práctica de la omnipotencia del Estado. Su objetivo es, pues, determinar claramente la línea divisoria entre el individuo y el Estado. Por esto aparece al pro-

[31] La escuela de Krause considera igualmente al derecho como el único fin del Estado. (Véase Ahrens, *op. cit.*, II, pp. 285 ss.) Pero concibe el concepto del derecho tan ampliamente, que hace entrar en él todos los demás fines del Estado.

pio tiempo que la doctrina moderna del derecho natural, la cual deriva el Estado del individuo y lo hace por tanto servir en provecho de los intereses individuales, doctrina que adquiere su primera forma importante durante la lucha entre el parlamento inglés y la realeza *jure divino*.

Después del destierro de los Estuardos y de haber llevado a cabo el *Bill of Rights*, funda Locke la teoría liberal del Estado, al cual asigna como único fin la protección de la propiedad que comprende dentro de sí la vida y la libertad. Esta doctrina considera como una excepción la limitación del individuo por la regla de derecho y por coacción jurídica, y en cambio piensa que lo común ha de ser para el individuo la libertad de movimiento. La doctrina de Locke llega a ejercer un gran influjo en el liberalismo económico de los fisiócratas y en el sistema industrial de A. Smith,[32] y toda esta dirección de pensamiento ha contribuido de un modo intenso en el continente a la resistencia que se ha venido oponiendo a la ilimitada extensión de la actividad del gobierno. Como protesta contra el Estado-policía dominante, Kant y su escuela han hecho la afirmación de que el Estado sólo es "la unión de una variedad de hombres sometidos a leyes jurídicas", pero que el derecho no tiene otra función que la de garantir la coexistencia de los hombres. Por eso el Estado sólo debe ocuparse de realizar el derecho y renunciar a realizar el bien común.[33] En el curso del siglo XIX esta doctrina adviene el fundamento de la teoría liberal del Estado aunque en una forma menos rotunda; mediante ella se tiende a limitar la actividad del Estado hasta reducirla al mínimum posible. Esta doctrina ha encontrado en Inglaterra su expresión más típica en forma de protesta contra la extensión creciente que la actividad administrativa del Estado había comenzado también allí a tomar.[34]

Si las teorías expansivas no han hallado una medida interna para la limitación de la actividad del Estado, en cambio las doctrinas limitativas adolecen del defecto en todas sus manifestaciones de ser demasiado mezquinas cuando se trata de los fines del mismo; en las primeras, el individuo es sacrificado al Estado; en las segundas, el Estado al individuo. Su carácter meramente especulativo se prueba al advertir que un Estado cuya función se limitase exclusivamente a proteger el derecho ni ha exis-

[32] Para estudiar la relación entre los economistas franceses y Locke, véase Hasbach, *Die allgemeinen philosophischen Grundlagen der von Fr. Quesnay, und Adam Smith begründeten politischen Oekonomie* (Schmoller, *Staats-und Sozialwissenschaftliche Forschungen*, x, 2), 1890, pp. 50 ss.

[33] Entre los partidarios de la doctrina de Kant se ha desarrollado y afirmado enérgicamente esta doctrina de Kant aún más consecuente que en Kant mismo, Fichte, *Grundlage des Staatsrechts nach dem prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796, W. W., III, pp. 151 ss., 195 ss., y después W. von Humboldt, *Ideen zu einem Versuche, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Gesammelte Werke*, VII.

[34] Véase singularmente J. S. Mill, *On liberty*, y H. Spencer, *Justice*, y su otra obra, *The man versus the State*.

tido nunca ni puede existir, porque al menos todo Estado necesita atender a su seguridad internacional, la cual no siempre es idéntica a la seguridad de los ciudadanos, de aquí que no pueda encerrarse en el concepto de la protección jurídica. Una defensa sistemática supone una serie de actividades administrativas, tales, por ejemplo, como el cuidado para las vías militares, las cuales eran ya conocidas del Estado de la Edad Media, a pesar de su administración rudimentaria; pero esto no puede justificarse desde el punto de vista de los fines exclusivamente jurídicos. La teoría pura del Estado jurídico equivale prácticamente a exigir la supresión del Estado. Tratar de demostrar esto más minuciosamente sería superfluo, ya que habríamos de repetir lo que tan frecuentemente ha sido dicho.

Debe establecerse una distinción muy clara entre estas doctrinas limitadoras y aquellas otras que ponen restricciones al poder del Estado en la medida que lo exige para el contenido de la actividad varia del mismo el cumplimiento de la propia ley, esto es, en tanto que lo exige, como una condición, la ley. En la antigua doctrina del Estado puede hallarse ésta en Hobbes,[35] y es a su vez el punto central de la exigencia práctica de Rousseau. Para éste, la voluntad común siempre tiene como contenido la ley general, la cual asegura al ciudadano, mediante su poderío exclusivo, la libertad y la conformidad a derecho del poder del Estado. Sobre esta teoría se ha apoyado la moderna del Estado de derecho, de la que habremos de ocuparnos en otro lugar.

Junto a las doctrinas que atribuyen al Estado fines concretos absolutos hay un gran número de tentativas de conciliación, principalmente entre los dos fines de felicidad o utilidad y el del derecho a partir de Cicerón. Carecemos de una investigación minuciosa sobre la relación entre ambos; de suerte que en las observaciones de detalle acerca de esto, unas veces es uno el que predomina, y otras veces otro.[36] Las teorías relativas, que toman el fin del Estado del contenido de la conciencia que en cada momento poseen un pueblo y una época, son hijas del ambiente historicista de nuestro tiempo. Las más importantes de estas doctrinas concuerdan en atribuir a la actividad del Estado el cumplimiento de los fines comunes.[37] No tiene interés el tratar de investigar los distintos matices

[35] *De cive*, XIII, 15; *Leviatán*, XXI, y principalmente página 206. "*In cases where the sovereign has prescribed no rule, there, the subject hath the liberty to do, or forbear, according to his own discretion.*" [En los casos en que el soberano no ha prescrito reglas, el individuo tiene libertad para hacer o dejar de hacer conforme a su parecer.]

[36] A menudo se pone en relación a estas doctrinas con las de los fines absolutos y objetivos, lo que ha contribuido no poco a una confusión en toda la doctrina.

[37] Stahl, *Philosophie des Rechts*, II, 2ª ed., p. 150: "La actividad del Estado abarca la totalidad de la vida en común de los hombres". Mohl, *Enzyklopädie*, p. 7: "El problema del Estado consiste en fomentar en cada momento los fines lícitos tanto para el individuo como para la sociedad, en la vida de un determinado pueblo, en cuanto estos fines no pueden

que ofrecen estas doctrinas, pues en ellas lo interesante es mostrar cuál es el pensamiento fundamental que ha de ser considerado como justo, y esto es lo que habrá de ser objeto de una investigación especial, así como se fijará la manera como puede ser llevada a la práctica.[38] Al jurista le basta con observar lo más general de lo que contiene esta teoría, pues él solamente tiene necesidad de referirse al fin del Estado para dar una definición acabada del mismo, pero no necesita de él para hacer sus investigaciones particulares.[39] Mas quien quiera conocer la totalidad del Estado ha de trocar este punto de vista jurídico por uno general. En lo que sigue habrá de estudiarse la evolución positiva de los fines relativos del Estado atendiendo a las doctrinas de que nos hemos ocupado.

3. Evolución de la teoría de los fines relativos del Estado

Para fijar esta evolución es preciso dos cosas: primero, conocer la limitación que a la actividad del Estado le impone su propia naturaleza, y segundo, investigar la concepción del fin que está contenido implícitamente en las instituciones y funciones modernas del Estado. El primer problema de toda teoría relativa es delimitar el círculo de la actividad del Estado mediante una investigación en que se precisen los límites en vista de sus medios y modos de obrar. En una palabra, determinar con exactitud qué es lo que puede hacer el Estado con éxito. De aquí se sigue de una manera distinta a como lo comprendió la escuela del derecho natural, la limitación de la actividad del Estado.

1. La simple reflexión psicológica nos enseña que el Estado no puede producir nada de lo que es obra exclusiva de la vida interior humana. Puede tomar la apariencia externa de una Iglesia, pero no engendrar el sentimiento religioso.[40] Moralidad, arte y ciencia no pueden ser directa-

ser satisfechos por los interesados con sus propias fuerzas y tienen el carácter de objetos de una necesidad común". Waitz, *op. cit.*, p. 5: "El Estado es la institución llamada a realizar los problemas de la vida moral del hombre en tanto tiene ésta lugar en la vida social de los pueblos". Véase, además, H. A. Zachariae, I, p. 44; Zöpfl, I, p. 50; H. Schulze, *Einleitung*, pp. 135 ss.; Brie, pp. 3 ss.; G. Meyer, p. 13; Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 110; Br. Schmidt, pp. 31 ss.; S. Rehm, *Staatslehre*, I, p. 111.

[38] Véanse sobre esto las acertadas observaciones de Holtzendorff, *Politik*, p. 78.

[39] Véase sobre esto Gerber, pp. 30 ss.

[40] Justamente sobre este punto tan importante es sobre el que puede estudiarse de un modo claro el aspecto relativo de la teleología política. Cuando se considera que la esencia y significación de la religión consiste en una declaración de fe exterior y en actos igualmente exteriores, entonces puede el Estado muy bien, mediante su poder coercitivo, provocar y mantener la religión. Durante siglos enteros se han conducido de este modo los Estados acomodándose al hacerlo a las concepciones de sus miembros; pero de muy otra manera acontece cuando se concibe a la religión como un fenómeno esencialmente interno de la vida humana, pues en este caso se desposee de todo valor a las manifestaciones exteriores

mente producidos por el Estado, porque jamás pueden ser provocados por medios exteriores, que son los únicos de que dispone el Estado; lo que sí puede hacer éste es darles condiciones exteriores favorables en las cuales puedan desarrollarse estas actividades vitales, que son completamente independientes de él. Tampoco puede el Estado dominar la vida física, no le es posible ofrecer a su pueblo la salud, la longevidad, fuerza numérica y corporal, pero sí favorecer todas estas exigencias mediante medidas positivas y negativas (impidiendo influencias dañosas). Finalmente, le es imposible producir bienes económicos directamente, incluso en un Estado socialista, sino sólo suprimir obstáculos que dificulten la actividad económica o, conforme a orientaciones socialistas, ordenar según un plan las fuerzas individuales para la producción en común. Si el Estado sobrepasa estos límites, que son los suyos naturales, entonces puede él solo obrar como un freno o como un disolvente. Los elementos esencialmente productores de la cultura general de un pueblo residen de un modo fundamental en los individuos y en la sociedad, no en el Estado; pero éste, como ha sido dicho anteriormente, produce efectos sociales que en no pequeña parte son inconscientes y por tanto caen fuera de la esfera de los fines en cuanto efectos conscientes.

El desconocimiento de este principio, que hoy parece tan evidente para nosotros, ha sido causa durante mucho tiempo de errores sumamente importantes en la vida del Estado. Ha durado tanto, cuanto se ha tardado en reconocer los límites psicológicos y físicos de la actividad del Estado, y se ha atribuido al mismo fines inalcanzables. Los efectos reguladores del reconocimiento de los fines del Estado se deben en no pequeña parte a haber advertido las limitaciones naturales y necesarias del mismo.

2. El círculo de la actividad esencial del Estado sólo puede, pues, encontrarse en aquello que atañe a las acciones humanas comunes y extrínsecas y de lo que con ellas pueda alcanzarse. En el círculo de sus acciones cae, pues, la exteriorización de la solidaridad de la vida humana. Pero toda solidaridad puede exteriorizarse mediante un acuerdo interno espontáneo o por una organización exterior y conforme a un plan. La primera forma de la solidaridad, la irreflexiva, queda excluida de la actividad consciente y finalista del Estado. La masa de fenómenos psíquicos sobre cuya existencia y efectos descansan las grandes modificaciones históricas en la vida total de los pueblos son influidas, sin duda ninguna, de un modo mediato por el Estado, pero no creadas conscientemente. Las religiones, las nacionalidades, las clases sociales, etc., nacen independientemente del Estado. Éste puede protegerlas, vigilarlas, favorecer

que no van acompañadas de intención religiosa. De aquí que, aún hoy, las exigencias de los partidos respecto a la actividad del Estado sean tan varias como sus intereses.

su difusión o realización, pero no puede producirlas. Por el contrario, le es fácil ejercer sobre ellas una acción retardataria u opresora, aunque dentro de determinados límites temporales o espaciales. La variedad de los Estados impide que muera una idea poderosa que aparezca en la vida de un pueblo. Si pudiese el Estado extirpar las nuevas ideas, entonces las construcciones del mundo antiguo y del medieval no se habrían derrumbado. El cristianismo y la Reforma se han abierto camino a pesar de las poderosas oposiciones que hallaron en el Estado. Los acuerdos de Karlsbad no fueron bastantes, a pesar de tener de su parte todos los poderes exteriores del Estado, para detener la propagación de las ideas liberales en Alemania, e igualmente hoy no le es posible al Estado, no obstante la coacción de que dispone, sojuzgar el movimiento socialista: es que los poderes que nacen en el seno de la sociedad sólo pueden ser vencidos por otras nuevas fuerzas que nazcan igualmente de éstas.

Para fijar la situación que tiene el Estado respecto a las fuerzas sociales, lo más eficaz es estudiar la historia de la formación de las naciones modernas. La francesa, por ejemplo, no sería comprensible si no se le pensase unida al Estado francés de hoy; no es que el Estado la haya creado, sino que la ha favorecido tanto en su extensión cuanto en lo que respecta a la afirmación interior. Los fundamentos principales de la nación francesa, tales como la lengua, se han visto ayudados por el poder social del Estado, sin que esto quiera decir, naturalmente, que sean un producto del mismo. Este influjo del Estado en la formación de la nación francesa era además el resultado inconsciente de la centralización en el reino de Francia. En general, los efectos conscientes del Estado en la formación y desmembración de las naciones es muy escaso, como se muestra con bastante claridad observando las relaciones políticas de los Estados en que viven varias naciones. Las minorías nacionales no pueden desaparecer absorbidas por las mayorías en virtud de meras disposiciones administrativas, ni aun las nacionalidades rudimentarias son susceptibles de ser totalmente asimiladas por la nación dominante. Así lo prueban, por ejemplo, los irlandeses, los eslovenos y wendos en la Lusacia, los lituanos, etcétera.

Así, pues, lo peculiar y propio del Estado son las manifestaciones sistemáticas de la vida solidaria de los hombres. Conservar, ordenar y ayudar son las tres grandes categorías a que se puede reducir la vida de aquél. Cuanto más grande es el interés solidario, tanto más llamado a su satisfacción está el Estado; cuanto más necesaria es una organización mutua y conforme a un plan para su preservación, tanto más habrá de ser esto exclusivamente cuestión que al Estado competa. Esta solidaridad es una fuerza dinámica que se expresa de manera distinta en todos los órdenes de la vida social en cada tiempo y en cada época. Por esto recibe esta

fórmula su contenido positivo de la circunstancial situación de cultura en que se encuentra cada pueblo.

La evolución histórica muestra una solidaridad cada vez más amplia y más fuerte entre los intereses de un pueblo, de un lado, y de otra parte de los intereses generales de todos los pueblos que participan de la cultura. De aquí que pueda describirse todo progreso en la cultura como un progreso en la idea de la solidaridad humana. En su comienzo, la historia principia con un reducido grupo humano; pero lentamente las agrupaciones sociales aumentan y los intereses solidarios que acompañan a todo grupo no sólo se extienden, sino que se vigorizan. Aparentemente existe una contradicción entre la afirmación de que el individuo por todas partes se encuentra estrechamente unido por los intereses solidarios de la asociación a que pertenece, y la otra de que la evolución de la individualidad puede ser descrita como el ahondamiento del sentimiento de solidaridad en cuanto éste es signo de una cultura más elevada. Mas la oposición entre ambos fenómenos no es real, porque la completa libertad en el individuo de afirmar su vida espiritual, no sólo es concertable con la más alta formación del sentimiento e interés de solidaridad, sino que éstos tienen como supuesto aquella libertad. Cuanto más elevado espiritualmente y más libre socialmente es un individuo, tanto más superior habrá de considerarse el servicio de los intereses solidarios. *Por esto la formación de la individualidad es uno de los supremos intereses solidarios.* La evolución de un todo está firmemente condicionada por la evolución de sus miembros.

De lo dicho resulta que en el curso de los tiempos el círculo de la actividad del Estado va ampliándose de un modo razonado. Mediante la reflexión acerca de los límites que le imponía la naturaleza de las relaciones, se ha retirado el Estado de las esferas que él ha reconocido como no perteneciéndole; pero se ha indemnizado de esto grandemente con haber aumentado el número de sus actividades.

Esta aclaración de límites no es bastante para impedir el temor de que a la postre la libre acción de los individuos y aun este mismo no vayan menguando, pues la reducción del Estado necesita tener un fin. Sin embargo, esto es un error, porque no sólo la solidaridad humana, sino también la libertad humana son comprensibles como un crecimiento constante. Si se concibe el concepto ambiguo de la libertad en el sentido más importante para el individuo moderno, a saber, como una capacidad humana que no puede ser eliminada por el Estado, sino antes al contrario, que ha de ser favorecida su afirmación por el mismo, entonces se le ha de considerar como aquella medida que hace progresar en el individuo tal afirmación posible. El aumento de civilización tiene como consecuencia para el individuo aumentar sus posibilidades de acción. Los ferrocarriles

y la máquina de vapor han aumentado de una manera increíble la libertad de movimiento de un lugar a otro. Los poderosos medios educativos que el Estado y las asociaciones de todas clases ofrecen para que los hombres se sirvan de ellos libremente han servido para extender el saber y el poder de innumerables personas. De este modo se abren constantemente nuevos territorios a la libertad y a su vez a lo que va unido siempre a ella, a la actividad del Estado, la cual se propone en no escasa medida, la regulación y la protección de tal libertad. El círculo de acción del Estado y el del individuo crecen, y el resultado de la historia es, no sólo una unión progresiva entre los hombres, sino también una progresiva disolución entre sus lazos.

Para fijar los fines particulares del Estado necesitamos una investigación teleológica de las diferentes instituciones y actividades del mismo. Sólo en ella podemos hallar expresados los fines que en una época determinada corresponden al Estado. Así como sólo se ha de considerar derecho lo que realmente vale como tal, del mismo modo el fin concreto, y por consiguiente relativo, del Estado, sólo es el que está expresado en las instituciones y funciones del mismo. El círculo de la actividad que cae dentro del Estado se descompone en dos grandes divisiones, atendiendo a la evolución histórica y a la observación exacta de los fines que ha de cumplir, a saber: actividades que exclusivamente le corresponden, y actividades con las cuales ordena, ayuda, favorece o desvía las manifestaciones de la vida individual y social.

3. Como actividad que corresponde exclusivamente al Estado, hay que considerar la protección de la comunidad y sus miembros, y por consiguiente, la defensa del territorio contra todo ataque exterior. Esta actividad y el fin que le va anejo, jamás han faltado al Estado, incluso a aquel que sólo tiene una forma rudimentaria. El alejar los peligros exteriores comunes ha sido en todos los tiempos el motivo más poderoso para formar asociaciones fuertes. Sin embargo, ha habido épocas en que esta acción protectora no estaba ejercitada exclusivamente por el Estado, sino que se prestaba amparo uno a sí mismo valiéndose de los desafíos o guerras privadas. Además, durante largo tiempo uno de los fines esenciales del Estado consistió no ya sólo en la defensa, sino en el aumento de la esfera de poder de los Estados, mediante la conquista o por otro medio de guerra, porque así lo exigían las condiciones de los pueblos. Hoy, en teoría, no se concede a un Estado en relación con otros, más que un fin defensivo; pero aún existen en la actualidad en la conciencia de los pueblos muchas representaciones encaminadas a atribuir al Estado como fin la ampliación del mismo o la instauración de nuevas formaciones políticas, y no puede designarse esta actitud ofensiva, en general, como contradictoria con los fines del Estado, dadas las actuales concepciones políti-

cas, económicas y nacionales. La lucha de Prusia por la unidad alemana, la de Cerdeña por la italiana, la de Rusia por los Estados cristianos de la península de los Balcanes, etc., están justificadas según convicción general, y por consiguiente, se le ha de reconocer como radicando en los fines del Estado. Éste es el caso actual cuando se trata del acrecentamiento de los Estados o del aumento de su poder mediante la colonización. Se ha de considerar, pues, como fin de todo Estado independiente, el sostenimiento y el aumento de su prestigio internacional además del de atender a su defensa.

Pero no sólo tiene el Estado funciones propias respecto del exterior, sino también respecto al interior, y su fin consiste en la conservación de sí mismo y el mantenimiento de la integridad de sus modos de obrar. La economía del Estado sirve para los fines generales del mismo; pero lo que en primer lugar se logra mediante ella, es asegurar la existencia del Estado. Los deberes de policía y penales no sólo protegen los bienes individuales y sociales, sino al Estado mismo. En toda actividad del Estado hay un elemento cuya finalidad consiste en conservar y fortalecer al propio Estado. De aquí que el mantenimiento y la protección de la existencia propia y del propio prestigio sea uno de los fines correspondientes al Estado, dada nuestra conciencia de éste y de sus funciones. Y dicho fin de mantener y proteger su existencia es el primero para él, porque su satisfacción dentro de límites determinados es la condición de éxito de la actividad del Estado.

4. Exclusivamente correspondiente al Estado es también la formación y mantenimiento del orden jurídico. Esta actividad ha sido también propia del Estado, pero sólo le ha correspondido de un modo exclusivo, después de una larga evolución histórica; porque en las épocas primitivas había dentro del Estado una gran economía en la función judicial para la familia, para la tribu, para las razas. Originariamente, el derecho penal no era propio del Estado, sino que tardó mucho en serlo, y además, continuó siendo el derecho de la propia defensa una institución jurídica reconocida. La evolución del Estado va acompañada por todas partes de un proceso de absorción de las formaciones jurídicas autónomas, y de protección igualmente jurídica a las asociaciones que le están subordinadas. De suerte que solamente el Estado aparece como fuente sistemática del derecho, y sólo a él corresponde servirse de los medios de la coacción jurídica. Hoy, toda formación de derecho creada conforme a un plan, es decir, no mediante la costumbre, o emana del Estado mismo o es transmitida por él, o bien está tolerada por el mismo, de modo que sin el reconocimiento del Estado nadie posee en él un derecho para la formación de éste. La formación del derecho la ejerce el Estado, no solamente mediante la delimitación de las esferas individuales, sino también mediante la or-

denación jurídica de su propia organización y actividad, con relación a las cuales es el derecho medida y límite. El parecer de Holtzendorff es falso y limitado[41] en cuanto afirma que el Estado en su actividad jurídica sólo tiene que ocuparse del individuo. El derecho penetra y determina más bien todas las manifestaciones exteriores de la vida del Estado, y forma al mismo tiempo las rutas por donde ha de correr la vida del Estado.

El modo de realizarse el fin del derecho depende en cada Estado de la situación del pueblo y de la posición internacional del mismo; porque es evidente que el fin jurídico abarca no sólo la legislación existente, sino también la futura, la cual ha de corresponder a las exigencias que tenga una época determinada de la historia respecto del orden jurídico. Por consiguiente, el derecho se relaciona con otro orden de la actividad del Estado. No es el derecho exclusivamente un medio para conservar una situación actual, sino, además, para colaborar en la formación de una situación para el futuro. En tanto que pueden ser favorecidos mediante disposiciones exteriores, los intereses de la cultura, es el derecho un medio de gran importancia para lograrlo. Este carácter tiene, por ejemplo, la moderna legislación protectora del trabajo en los Estados modernos. En último término, esta actividad favorecedora de los nuevos institutos jurídicos se propone el mantenimiento de los bienes individuales y sociales más importantes de una manera más eficaz, íntegra y estricta, por el hecho de ofrecerles condiciones generales para la libre evolución de los individuos y de la comunidad. Observado el derecho en sus últimos fundamentos, no tiene el carácter de creador, sino el de conservador y defensor. Él sólo puede crear supuestos externos para la actividad positiva humana, mas el contenido lo presta concretamente la evolución histórico-social. Tiene, sin duda, el orden jurídico una determinada fuerza formativa y transformadora de la sociedad, pero sólo puede ser ejercida conforme a un plan preconcebido dentro de muy estrechos límites. Lo creador en el derecho no radica tanto en su aspecto jurídico reflexivo, cuanto en su aspecto social e involuntario.

5. Se ha considerado durante largo tiempo que el fin del Estado se encerraba principalmente en mantener su poder, conceder su protección y conservar el orden jurídico. Una concepción tan mísera del Estado que reducía la función de éste a una asociación de defensa y ataque, en lo exterior, y a una asociación judicial en el interior, no se vuelve a encontrar ni en la realidad política ni en la conciencia que se tiene de esta realidad en todos los pueblos. Así como la posesión del poder y el goce del derecho no pueden ser los fines más altos del individuo, sino que son tan sólo condiciones para alcanzar y poseer otros bienes, del propio modo

[41] *Politik*, pp. 253 ss.

se abren por todas partes para el propio Estado, al impulso creciente de la cultura, nuevos horizontes y fines más altos.

El poder, la seguridad y el derecho concebidos como fin, tienen necesidad del Estado para extender su actividad sobre las funciones inmediatas con que pueden satisfacerse estos fines. Es necesario ante todo pensar en crear los medios económicos para dar cumplimiento a tales fines. La magnitud de tales medios depende de la situación económica de los pueblos; por esto, indirectamente interesa al Estado vigorizar la producción económica como un fin intermediario. La historia de la actividad administrativa de la economía del Estado nos enseña que ha nacido ésta por razones fiscales y militares: primero nacieron los medios de comunicación que han ido unidos a la existencia de los ejércitos y de los tribunales; después se fueron uniendo estrechamente al Estado, a medida que prospera éste en su actividad. Por eso en los comienzos de la Edad Media fueron considerados ya los caminos como objetos de la competencia del Estado, y hoy, las modernas instituciones de correos, telégrafos, ferrocarriles, ayudan de un modo poderoso a las instituciones militares y al orden jurídico. Pero hay otras ramas administrativas que por vez primera en la época moderna se le han adherido al Estado y que son las que fundamentalmente favorecen el que pueda alcanzar éste sus fines exclusivos. La higiene conserva y colabora en pro de la existencia física de los pueblos, y por tanto en pro del poder de los Estados, en la misma medida en que lo hacen las disposiciones protectoras de las clases trabajadoras. La actividad policiaca en su amplio sentido sirve para la protección del derecho. Las autorizaciones y concesiones industriales hechas por el Estado, las reglas para las reclamaciones con los aprendices, etc., son todas de importancia para los fines jurídicos. Frecuentemente nos ha demostrado la historia que las naciones que han alcanzado un alto progreso superan en la vida internacional a las que han quedado retrasadas, y que los cuidados relativos a los intereses morales de los pueblos, se considera hoy evidente, están estrechamente unidos a los fines del poder. Los progresos en el arte de la guerra se encuentran tan íntimamente enlazados con los de la ciencia y de la técnica, que no puede el Estado considerarse indiferente frente a ellos, por propio interés de su existencia. De este modo, en virtud de la correlación entre las cosas humanas, lo que primeramente nos parecen relaciones naturales, adquieren otro carácter, y los más altos fines de la cultura desempeñan un papel de medios con referencia a los fines de poder, protección y derecho.

La extensión de la actividad del Estado más allá de sus fines exclusivos estaba condicionada históricamente por varias razones. Junto al Estado ha existido por largo tiempo un poder que se ocupaba, independientemente de aquél, de determinados problemas que, por corresponder a intereses

solidarios, tenía necesidad de medios exteriores. En el curso de la polémica entre el Estado y la Iglesia, ha necesitado el primero, originariamente, ocuparse de cuestiones eclesiásticas, con tal extensión, que ha tenido que rebasar los límites que le eran propios. El cuidado de los pobres, singularmente, y la educación son actividades que se refieren a la vida solidaria, y sin embargo, sólo desde la Reforma han pasado a mano del Estado de un modo completo; pero éste no se ha detenido en este camino de expropiación, sino que se ha atribuido derechos y deberes a medida que iban creciendo las obligaciones que los problemas de la cultura le planteaban, y esto lo ha llevado a que todas las actividades beneficiosas al interés común, o se ha encargado él mismo de atenderlas, o ha ordenado a los individuos que las llevasen a cabo. En este punto es precisamente en el que se ha de poner el arranque de toda investigación que se proponga mostrar cuál es la línea divisoria entre las actividades pertenecientes al Estado y las que no le pertenecen.

6. Esta línea divisoria podrá ser trazada con firmeza atendiendo a las explicaciones precedentes. Partiendo de la evolución histórica y de las concepciones dominantes, el Estado, sin duda alguna, está llamado a mantener una relación con los intereses solidarios humanos. Empero su relación con los intereses particulares está condicionada por su propia naturaleza. Sólo en tanto que los individuos o las corporaciones son impotentes para alcanzar por sí mismos su fin, puede y necesita el Estado tomarlo sobre sí; pero en tanto sean absolutamente individuales los intereses de que se trate, ha de ser abandonado al individuo el alcanzarlo. La administración de los intereses de la sociedad mediante el Estado sólo es beneficiosa siempre que se trate de una actividad que trabaja con medios exteriores y de una manera sistemática; por eso ha menester de medios negativos con que eliminar obstáculos, y medios positivos de ayuda que pueden tener formas distintas según la naturaleza de los bienes de que se trate, los cuales sólo pueden consistir en la creación de condiciones exteriores. La salud, la ciencia, el arte, el comercio, etc., no puede producirlos directamente; es decir, no es capaz de apropiarse las actividades individuales necesarias para alcanzar aquellos fines. La actividad específica de los médicos, profesores, maestros, ingenieros, funcionarios del Estado, es individual, y no puede menos de serlo. El Estado autoriza su acción, pero jamás es ésta el contenido de un órgano del Estado, porque éste es el modo peculiar de determinar al exterior aquellas actividades. Sólo puede ordenar que se lleven a cabo tales actividades según determinados principios, y que se siga de ellas determinados efectos. Puede mandar la cantidad, pero no la calidad del servicio. En otros órdenes puede ir más lejos, y en cuanto le sea posible dominar con medios exteriores la producción, no sólo de una determinada cantidad, sino de una

cierta calidad, valiéndose para ello, cuando así lo exijan los intereses de la solidaridad, de sus órganos. Los descubrimientos científicos y la producción de las obras de arte quedan fuera de todo posible poder del Estado; pero cuidar de la correspondencia, hacer circular los trenes, erigir establecimientos de seguros, etc., son funciones que pueden ser atendidas por actos de solidaridad, valiéndose de medios exteriores y conforme a su fin.[42] Cuanto mejor satisfechos puedan ser mediante una organización comprensiva y unitaria, es decir, centralizadora, los intereses de la cultura en cuestión, tanto mayor será la exigencia del Estado y hacia el Estado para que los atienda de un modo exclusivo, o al menos de un modo preferente. De aquí se sigue que el Estado, en lo que respecta a los intereses de la cultura, unas veces ha de suplir la libre actividad de los individuos, y otras habrá de completarla tan sólo. Históricamente, la actividad del Estado ha entrado en estos órdenes después de la actividad privada, a tal punto, que la evolución de las exigencias de la cultura respecto al Estado puede representarse como un proceso creciente de expropiación del Estado de la actividad individual. Muchas veces son asociaciones que no tienen un carácter estatista las que completan la acción del individuo, y en estos casos el Estado ha de suplir tanto la acción individual como la corporativa. Hasta qué punto ha de extenderse esta actividad meramen-

[42] Esta distinción es de gran importancia para determinar en qué punto cesa la actividad de los órganos del Estado como tales órganos y adquieren el carácter de acciones individuales que se proyectan sobre el Estado como si fuesen una acción del mismo. Lo que objeta Laband *(op. cit.,* I, p. 407, n. 2) contra esta distinción indicada ya por mí en el *System,* p. 213, no es acertado, porque parte de la creencia errónea de que yo he hablado, en el lugar citado, de acciones del Estado que dejaban de ser al propio tiempo acciones del individuo. Sin embargo, Laband mismo reconoce que la actividad de los funcionarios es siempre igual; no obstante existe una gran diferencia, según que, atendiendo a su contenido, pueda decirse de la actividad de los mismos que es una actividad del Estado o no. En nombre del Estado juzgan los jueces, a los cuales en nombre del Estado los nombra el ministro, etc.; pero los profesores de universidad no enseñan una matemática real, prusiana, o una psicología del gran duque de Baden. Quien crea que esta distinción, y otras análogas, son de poca trascendencia, borra oposiciones importantes y ricas en consecuencias, en beneficio de un formalismo improductivo. El hecho de que las personas que están obligadas respecto del Estado a comunicar libremente sus conocimientos particulares y a mostrar su capacidad sean al propio tiempo funcionarios, como lo son aquellos otros que están encargados de funciones de autoridad, no tiene nada que ver con el problema en cuestión. Conocer la naturaleza interna de las funciones del Estado ofrece en sí mismo, y por sí mismo, sin necesidad de pensar en el derecho del funcionario, un enorme interés teórico y práctico. Preuss, en su obra *Das Südtische Amtsrecht,* pp. 347 ss., se ha opuesto a estas observaciones hechas por mí y a otras análogas debidas a Gierke en *Holtzendorffs Rechtslexikon* II, s. v. *Gemeindebeamte,* p. 50; considera este autor que la comunidad edifica y enseña de la misma manera que juzga, ordena y nombra. La consecuencia política de esta doctrina sería la aniquilación completa de toda libertad espiritual en aquellos que han sido encargados por el Estado para ejercer una actividad intelectual. Una comunidad que lo mismo enseña que edifica puede prescribir cómo se ha de edificar o enseñar, cómo se ha de pintar o cómo ejercitar la música. ¡Que de un futuro tan "orgánico" pueda siempre preservarnos la intervención graciosa del hado!

te complementaria y dónde ha de principiar aquella otra que toma como correspondiendo al Estado la función total, sólo puede ser juzgado en vista de la situación social e histórica de cada Estado y de la naturaleza de las ramas administrativas de que se trate. La evolución de los tiempos modernos muestra con toda claridad un proceso más y más acentuado, que se orienta hacia la socialización y al propio tiempo hacia la centralización por el Estado de actividades que originariamente eran individuales. Pero no es posible determinar con precisión, dada la situación actual del mundo, la amplitud que han de tener esta socialización y centralización ni cuál ha de ser su objetivo final. Existen, no obstante, algunos signos acerca de esta cuestión que permiten afirmar que la centralización de un Estado particular no es la más alta forma de centralización posible, sino que hay una serie de asuntos administrativos que los Estados particulares, en vista de intereses internacionales, administran asociados, según normas convenidas entre todos. La administración internacional de algunos asuntos llevada a cabo por Estados particulares, según principios de derecho internacional, que ha dado lugar ya a uniones internacionales administrativas organizadas, denotan un paso importante para conseguir una forma más elevada de centralización, cual es la internacional.

Pero también los conceptos de complemento, ayuda, organización y dirección necesitan ser objeto de explicación desde un punto de vista teleológico; porque todas estas funciones pueden ser aplicadas a fines distintos, y por esto es necesario encontrar un principio para darles la forma más acertada. La idea vaga de favorecer el bienestar de todos no aclara esta cuestión. El bienestar, el intensivo bienestar de un gran número, puede ser favorecido mediante la conservación de una institución, y rechazando toda novedad a la generación que vive. Pero si nosotros exigimos, casi diría instintivamente, de todas las instituciones sociales, que levanten, que formen, que perfeccionen nuestra cultura, entonces, más que en una posición utilitaria eudemonista, nos colocamos en una actitud evolucionista, y así situados, se puede sacrificar el bienestar de los vivos al bienestar de los que vienen, y aun exigir a este fin la acción del Estado, la cual provocará inmediatamente en una gran medida el descontento y el daño. Del propio modo que todo nacimiento, así todo paso en el progreso, es inseparable del dolor.[43] Conforme a nuestra moderna concepción del mundo, determinada por la ciencia actual, el contenido que ha de ser, necesariamente, reconocido a la historia, no obstante el dolor de que siempre va acompañada, lo forma un desarrollo progresivo de las fuerzas humanas. En este punto, la consideración empírica de la historia se toca con la concepción metafísica de la misma, pues sin ésta no se puede

[43] Véanse las observaciones interesantes de Philippowich, *Wirtschaftlicher Fortschritt und Kulturentwicklung*, 1892, pp. 21 ss.

emprender una investigación teleológica de los fenómenos sociales, porque las investigaciones empíricas son absolutamente incapaces de esclarecer los últimos fines humanos. También necesitamos, para comprobar los fines relativos y subjetivos del Estado, interrogar a la dirección espiritual dominante, en la cual tiene una parte la metafísica, de la que obtenemos las representaciones sociales y teleológicas.

Toda actividad del Estado tiene como fin último, desde este punto de vista, cooperar a la evolución progresiva; en primer lugar de sus miembros, no sólo actuales sino futuros, y además, colaborar a la evolución de la especie, esto es, hacer más y más viva la conciencia de la solidaridad en los pueblos, y hacer que esta realidad supere al Estado y colabore en la evolución de la especie. Las consideraciones metafísicas tienen ante sí esta cuestión: ¿en qué tanto puede atribuirse a tal concepción subjetiva un valor objetivo de verdad, y hasta qué punto corresponde a esta conciencia de la finalidad basada en la concepción actual del mundo un valor trascendente?

7. Si sintetizamos los fines particulares de que hemos hablado resulta lo siguiente: que el Estado ha de hacer de la afirmación de su propia existencia, de la seguridad y el desarrollo de su poder, establecer el derecho y ampararlo, y favorecer a la cultura, problemas que sólo a él corresponden. El pensamiento que dirige la determinación de este fin se encuentra en el reconocimiento de que toda organización conforme a un plan encaminada a atender los intereses solidarios del pueblo, en tanto que haya menester de una dirección central y pueda ser satisfecha su necesidad por medios exteriores, sólo es posible que sea llevada a cabo por los grandes factores sociales dotados de los más altos medios de poder, o sea, precisamente, el Estado. Estos fines se dividen en *exclusivos* del Estado y *concurrentes;* conforme a los cuales, las funciones que le corresponden en el primer caso son exclusivas del Estado, y en el otro sólo son compartidas por él. La medida y el modo de la actividad del Estado están condicionados en sus límites, tanto por la naturaleza de las relaciones humanas, que oponen límites generales, cuanto por la naturaleza de la actividad administrativa individual que los opone particulares. Las acciones individuales y corporativas no reguladas deben ser excluidas o relegadas, siempre que el Estado pueda ayudar mejor con sus medios, a los intereses de que se trate. El más alto principio para la actividad general del Estado es, por tanto, promover la evolución progresiva de la totalidad del pueblo y de sus miembros. Este principio se aplica en tres direcciones: una frente al individuo, cuya evolución ha de ser favorecida como miembro del todo; la segunda, frente al pueblo, en cuanto totalidad de los miembros actuales y futuros del Estado; la tercera y última, en relación con la especie humana, de la cual cada pueblo particular no es sino un

miembro. Hay, pues, tres géneros de intereses solidarios de los cuales ha de cuidar el Estado, a saber: individuales, nacionales y humanos. Desde el punto de vista de la justificación teleológica, el Estado tiene para nosotros, hoy, el carácter de *asociación de un pueblo, poseedora de una personalidad jurídica soberana que de un modo sistemático y centralizador, valiéndose de medios exteriores, favorece los intereses solidarios individuales, nacionales y humanos en la dirección de una evolución progresiva y común.*[44]

Haremos notar, finalmente, aun otra vez la íntima relación que existe entre el problema de los fines del Estado y el del fundamento del mismo. Esta última cuestión justifica el ser del Estado, y la primera, su acción, y ambas juntas contienen la justificación completa del proceso de la vida del Estado. Si no hay posible satisfacción de fines comunes humanos fuera del Estado y si no hay sociedad posible sin el mismo, entonces para todo el que no quiera vivir fuera de la sociedad es una necesidad moral entregarse al Estado. Esta reflexión aúna las varias doctrinas del Estado que han llegado a formar época, y que aparentemente revisten el carácter de irreductibles. Desde este punto de vista llegamos a considerar el Estado como el producto histórico necesario del desarrollo constante de la naturaleza humana, y de otra parte, llega a exigirnos que reconozcamos libremente lo que históricamente nos es dado, como un punto de paso necesario en la evolución de la comunidad. La gran antinomia entre necesidad y libertad halla una reconciliación en la solución justa de este problema. Lo necesario históricamente debe ser formado de una manera libre y en vista de fines claramente reconocidos.

Toda justificación del Estado cae dentro de la esfera de lo consciente y reflexivo. Que de este modo no se agota la significación histórica de un Estado concreto, lo hemos subrayado frecuentemente; por eso los juicios emitidos acerca de un Estado en vista de la historia y el pasado son completamente distintos de los resultados políticos que se alcanzan al juzgar igualmente lo actual y lo pasado, pero tomando como medida de orientación el fin del Estado. El historiador sólo puede apreciar el Estado teniendo en cuenta la totalidad de sus direcciones reales, puedan o no ser fundadas. Sin embargo, nuestras concepciones políticas de la finalidad nos ofrecen un criterio para valorar las formaciones estatistas desapare-

[44] Esta definición contiene, evidentemente, una medida de valoración y no un juicio de conocimiento, como Preuss opina en su *Über Organpersönlichkeit, op. cit.*, p. 573. Un Estado que no corresponde a este criterio basado en nuestras actuales concepciones políticas, no por esto, naturalmente deja de ser Estado, aunque aparece para nosotros como un Estado de menor importancia. Por el contrario, la fórmula de Preuss, según la cual el Estado es fin en sí mismo, y que conviene a todos los Estados, desde el babilonio hasta el reino alemán, está completamente vacía de contenido y puede ser cambiada con justicia por la proposición siguiente: el Estado es una institución completamente sin valor.

cidas, en cuanto nosotros, en último término, juzgamos el pasado de un Estado por lo que de él ha sobrevivido. Esto puede no ser otra cosa que los efectos culturales producidos por él, efectos que por llegar a tener un carácter de elementos constantemente progresivos del movimiento histórico, poseen la inmortalidad.

IX. ORIGEN Y DESAPARICIÓN DE LOS ESTADOS

PARA FORMARNOS UNA IDEA COMPLETA de la esencia del Estado, es necesario considerar el proceso de su formación y de su desaparición. Para la cuestión del carácter jurídico del Estado y de la naturaleza y límites del derecho público, especialmente, es de la más alta importancia un conocimiento claro del hecho de la creación de los Estados y de la desaparición de los mismos.

1. LOS ORÍGENES DEL ESTADO

Es preciso separar dos cuestiones muy concretas respecto de este punto: la relativa a los comienzos históricos de la institución del Estado en general, y la de la formación de nuevos Estados dentro del mundo de los mismos plenamente desarrollados. A la primera la llamaremos cuestión relativa a las formaciones primarias de los Estados, a la segunda formación secundaria de éstos.

Acerca de la formación primaria de los Estados, sólo son posibles hipótesis, que se han hecho en gran número. Para la apreciación de éstas debe ser considerado, primero, que no es tan sencillo determinar el punto en que comienza a poder ser considerada como Estado una comunidad originaria. Nuestras representaciones del Estado están tomadas del Estado ya desarrollado y con dominio sobre hombres que viven constantemente en un territorio, y de aquí deducimos que la organización de las razas nómadas no tiene el carácter de Estado. Otra cosa acontece cuando consideramos las asociaciones primitivas desde el punto de vista de la evolución histórica, porque entonces nos encontramos con que toda forma de organización soberana, que no tiene sobre sí otra superior, ha de ser concebida como Estado.

Mas esta prehistoria del Estado se encuentra en una relación poco estrecha con el Estado tal como posteriormente se ha formado. Lentamente, las organizaciones primitivas son las que han experimentado más fundamentalmente la significación finalista. Difícilmente se podrá llegar a un completo acuerdo sobre estos tipos originarios, tanto más cuanto que de la construcción de los comienzos de la vida social suele hacerse un capital que utilizan determinadas teorías políticas y económicas. No obstante, se ha comenzado ya a hacer luz en algunos puntos importantes. Aumentan las voces, según hemos dicho en otra ocasión, que se levantan

contra la teoría que considera como la más antigua forma de relaciones sexuales el hetairismo y toma como punto de partida de la asociación familiar el matrimonio monógamo. También la doctrina según la cual la horda ha sido necesariamente la forma primitiva de las asociaciones humanas, es muy dudosa. No obstante la polémica acerca de las relaciones originarias, está muy lejos de estar definitivamente probado si el matriarcado ha precedido necesariamente en el tiempo, como una forma universal, al patriarcado, o si se trató simplemente de un sistema de parentesco limitado a determinados pueblos. Son muy importantes las investigaciones sobre las comunidades domésticas y asociaciones gentilicias difundidas por toda la tierra entre pueblos de muy diversos grados de cultura, los cuales nos brindan una primera forma de organización comprensiva de una vida económica y autoritaria; pero todo ensayo por determinar de qué modo se han transformado las hordas, razas y familias en Estado habrá de fracasar, porque el mismo resultado puede alcanzarse por muy distintos caminos, y es muy poco probable que haya sido siempre uno mismo el proceso de formación de los Estados. Lo único que cabe hacerse es fijar tipos muy generales. Así, por ejemplo, se puede decir que el peligro común impulsa a una defensa común, y que de este modo, organizaciones que desde un principio tuvieron un carácter circunstancial llegan a tenerlo definitivo a fuerza de repetirse, o que la necesidad de buscar nuevos terrenos para pasto y para caza impulsa a arrebatar a las tribus vecinas la propiedad, lo que conduce a apretar los lazos entre cada tribu. Además, se puede afirmar que las concepciones religiosas primitivas ayudan a la formación de asociaciones muy firmes, singularmente en cuanto apoyan a las autoridades nacientes.

La forma desarrollada de comunidades con un carácter de asociaciones supremas y complejas, a las que hoy designamos justamente con el nombre de Estado, principia con el asentamiento de los hombres en un suelo, es decir, con la vida sedentaria; pero éste es un proceso cuyos orígenes son muy oscuros; pues va unido muy íntimamente al cultivo de los cereales, para lo cual ha sido necesario un tiempo incalculable. Mas no sólo está condicionada la existencia de estos pueblos sedentarios por tal cultivo, sino que existen también pueblos nómadas agrícolas. Con la ocupación de las tierras se hace necesaria una ordenación de la propiedad, mucho más complicada de lo que lo era en los anteriores estadios de la vida económica. Los límites entre bienes comunes y bienes privados necesitan ya ser señalados. La familia, como asociación económica, experimenta una rica membración interior. La explotación del trabajo humano principia con la institución de la esclavitud doméstica, y hace ya de la guerra una actividad constante de la comunidad, encaminada a alcanzar trabajadores esclavos. La distinción entre los que poseen origina una separación

de la sociedad, y allí donde hay tribus victoriosas que establecen su dominación sobre los vencidos, acentúase la oposición entre una clase dominante y otra dominada, que imprime este sello a la organización de la comunidad.

Todas estas relaciones son afirmadas mediante el sentimiento que las acompaña de que son conforme a normas. Así pues, la formación de asociaciones con un fundamento territorial va enlazada con la formación de un orden jurídico complicado que tiene, en cuanto tal, sus firmes cimientos en las concepciones sociales de los tiempos primitivos, y que no puede ser juzgada con medidas tomadas de una civilización superior y explicadas como meras organizaciones de poder. La sublevación contra el orden existente, así como los ensayos para establecer un derecho conforme a los deseos de los descontentos, no es un fenómeno que haya dejado de existir en las primeras etapas de la evolución. La estabilidad de las relaciones económicas y estatistas no puede alcanzarse sino mediante la convicción de su legitimidad.

Ha sido, pues, el proceso primario de la formación de los Estados, al propio tiempo, un proceso de formación del derecho; de suerte que, históricamente, Estado y derecho han estado desde el principio enlazados uno con otro. Comenzando por las asociaciones más estrechas (tal como puedan haber sido, familia a horda), comprende el derecho las asociaciones superiores, las que se levantan sobre las primarias, y alcanza a aquellas asociaciones que constituyen el término de esta cadena, a saber: el Estado territorial. Y puesto que la más alta asociación se encuentra en el camino de la experiencia o de la contingencia, pero jamás, como opinaba el racionalismo, debe su existencia a fines claramente definidos, es decir, conscientes, resulta que esta asociación ha sido siempre primeramente algo real, facticio, y después que se ha hecho firme, se le han adherido la costumbre y el derecho, factores poderosos que han transformado lo real en un deber ser.

El cambio en los Estados existentes, es decir, el proceso secundario de la formación de los mismos, tiene lugar mediante hechos que quedan completamente fuera del orden del derecho. La guerra o la coacción, en cualquiera de sus modos, crean nuevos Estados y destruyen los antiguos. Que el hecho de la guerra, primariamente, significa completa ausencia de derecho, es evidente, si se reflexiona que el derecho se forma siempre dentro de una asociación estrecha y después va recogiendo dentro de sí otras asociaciones de este mismo carácter. Pueden pasar siglos sin que se establezca una asociación jurídica entre pueblos que formen Estados separados, porque faltan los fundamentos de una cultura común, que son los capaces de producir una común convicción jurídica. Aun allí mismo donde existen elementos espirituales capaces de unir, como en el siste-

ma de los Estados helénicos, no tienen estos elementos la fuerza suficiente para hacer nacer, aun dentro de estos estrechos límites, la cuestión relativa a las limitaciones jurídicas de la actividad creadora de los Estados.

La Edad Media considera el problema relativo al origen del Estado bajo supuestos enteramente distintos a aquellos sobre los que trabajaba la Antigüedad. La antigua doctrina consideraba al Estado como un producto de disposiciones naturales humanas y no como un resultado del derecho. Incluso aquellas teorías que hacían descansar el orden social en el νόμος, no entienden bajo esta proposición un principio jurídico; más bien designan con él el arbitrio humano en oposición al orden natural, el cual queda separado de la voluntad humana.[1]

Pero de la concepción según la cual los hechos que constituyen el Estado son hechos de derecho, no hay huella alguna en la literatura griega. No menos extraña fue a los romanos la idea de un origen jurídico de la comunidad.[2] La Edad Media, por el contrario, no conoció ni el concepto de la independencia y sustantividad.del Estado, ni la existencia separada del derecho público. Por esto sólo puede concebir nuevas formaciones de Estado como modificaciones en el interior del reino, que habrán de ser juzgados según su orden jurídico y ser aprobados por las más altas autoridades terrestres. De aquí que el Estado resulte como una relación contractual entre dos partidos, pueblo y soberano, en la que se determinan los derechos y deberes recíprocos. Uno de los signos más admirables de la Edad Media germánico-románica es el haber intentado concebir determinadas relaciones de la vida pública, emanadas, según nosotros, del arbitrio brutal, como sometidas al derecho. Ejemplo de esto nos lo ofrece el duelo y el derecho tan cruel como inhumano y bárbaro del despojo de los náufragos.

Esta tendencia en el pensamiento medieval continúa existiendo en el

[1] Acerca de la oposición entre φύσις y νόμος, véase Windelband, *Geschichte der Philosophie*, 3ª ed., 1903, p. 58; Gomperz, I, pp. 323 ss.; Rehm, *Gesch.*, p. 12. Que el contrato de seguridad, fundamento del Estado según los epicúreos, hubiese sido considerado por ellos como un contrato en sentido jurídico, es una idea enteramente falsa; porque los epicúreos sólo reconocen un derecho natural en cuanto hay un impulso natural que ordena a los hombres llevar a cabo un contrato de garantía. Mas la proposición que sirve de fundamento al moderno derecho natural, *pactas sunt servanda*, les fue enteramente desconocido. Su contrato era un *modus vivendi* que descansaba en la congruencia del contenido de los intereses particulares.

[2] Pomponius, L. II, § 1, *D. de orig. juris.* 1, 2. "*Et quidem initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine jure certo primum agere instituit, omniaque manu a Regibus gubernabantur.*" Las amplias observaciones de Cicerón, *pro Sextio*, c. 42, pintan el proceso histórico de la fundación del Estado, pero no dicen una sola palabra acerca de que le acompañase un solo acto jurídico. Las alianzas que según la tradición se llevaron a cabo al fundar las ciudades, difícilmente, dado el formalismo del antiguo derecho, podían valer como actos jurídicos ante la conciencia popular.

nuevo derecho natural, el cual, no obstante su oposición al método teológico-escolástico de la Edad Media, tiene muchos principios comunes con la doctrina jurídica de entonces. Para el derecho natural, la cuestión del origen de los Estados, primario o secundario, es una cuestión jurídica. El Estado contractual en primer lugar, y el patriarcal, el despótico y el formado por la conquista, son considerados por él como descansando en hechos jurídicos. Cuando la teoría reconoce estas últimas formas como no justificadas, las rechaza por contrarias al derecho.

Es preciso, al propio tiempo que se reconoce que es insuficiente la doctrina del derecho natural para construir el origen de los Estados, reconocer también que son insostenibles todos los ensayos hechos respecto de esto. Partiendo Hegel del punto de vista de su doctrina, según la cual el Estado representa la realidad de la idea moral, necesitaba protestar contra la derivación del Estado de un derecho anterior o superior a él,[3] y Stahl después ha rechazado de un modo enérgico toda derivación del Estado de las voluntades de sus miembros.[4] No obstante la doctrina del origen jurídico de los Estados, así como muchas otras del derecho natural, han pasado a las modernas teorías generales jurídicas del Estado, y éstas, hasta en estos últimos tiempos, enumeraban actos de formación de Estados, como si se tratase de hechos jurídicos.[5] La misma literatura del derecho

[3] *Philosophie des Rechts*, pp. 301 ss. Hegel sólo se ocupa de la idea del Estado, mas no de sus formas históricas y contingentes; no obstante, dice respecto a esto: "La autoridad de un Estado real, en tanto es susceptible de ser admitida, en cuanto se tome este fundamento, de las formas del derecho que tienen validez en el Estado", p. 307.

[4] *Staatslehre*, pp. 169-170: "No nace el Estado por un conjunto de fuerzas, sino por el desplegamiento de su vida interior; no nace por un acto de reflexión humana, sino mediante la providencia divina". "De este modo nace realmente el Estado, de este modo obliga jurídicamente. Su legitimidad descansa en su mera existencia como tal Estado." "En tanto la doctrina del derecho natural considera al Estado como una relación contractual, que nace históricamente sin finalidad alguna, es preciso al tener un conocimiento exacto de él, considerar que, aun aquellas partes y determinaciones de su constitución que son realmente producto del asenso común, han sido introducidas por una autoridad que está sobre los que tuvieron participación en ese asenso." Por esto rechaza también Stahl la doctrina secesionista de la unión americana relativa a la revocabilidad. Zörn, *Deutsche Literaturzeitung*, 1904, p. 883, cuya doctrina sobre los orígenes de los Estados confederados he expuesto en otro lugar (*Lehre von den Staatenverbindungen*, p. 262, n. 10), está en un error si se considera autor de la teoría que afirma la imposibilidad de derivar el Estado del derecho.

[5] Mohl, *Enziklopädie*, p. 99, dice: "Con justicia puede ser vituperada la audacia o ignorancia de quienes pretenden negar la frecuente fundación de los Estados mediante contratos". Pero Mohl no se pregunta si la formación de un contrato para fundar el Estado es realmente la causa eficiente del mismo. También Bluntschli, *Lehre von modernen Staat*, I, p. 336, y H. Schulze, *Einleitung*, p. 151, n. 10, explican, a pesar de su polémica apasionada contra la teoría contractualista, que la historia conoce casos particulares de Estados que se han fundado mediante contratos. Rehm, *Staatslehre*, p. 273, pretende hacer nacer los Estados, excepcionalmente, mediante un *acto común* jurídico de generaciones o individuos. Este acto común (léase el cap. XXI de nuestra obra) tiene un carácter de puro derecho natural, y no vale un ápice más que el antiguo contrato social rechazado por los partidarios de la teoría del acto común. Este acto no pertenece ni al derecho privado, ni al público, ni

internacional, que tan enérgicamente afirma el carácter real del proceso de formación de los Estados, no se ha librado, en la actualidad, de tratar de derivar el Estado de un acto puramente jurídico. En el sistema del derecho internacional, encontramos, o la enumeración de hechos históricos que han servido de fundación, sin que se trate de hacer una investigación más detallada de ellos para ver si estos hechos tienen además un carácter jurídico, o bien junto a actos materiales una declaración expresa que trata de explicarlos como jurídicos.[6] Singularmente, la cuestión acerca de los orígenes del Estado confederado ha sido causa de innumerables ensayos que han intentado una construcción jurídica de los orígenes de esta forma de asociaciones de Estados, de las que nos ocuparemos particularmente en otro lugar.

La oscuridad de tales concepciones se reconocerá fácilmente si se considera en qué consiste la esencia del derecho internacional. Obliga éste a los Estados ya existentes, por obra del reconocimiento de que son objeto, pero no a los poderes que forman Estados y que no son Estados

al internacional, el cual desconoce a los individuos en cuanto sujetos que puedan fundar Estados desde un punto de vista de derecho internacional. No podría, pues, este acto común pertenecer al derecho positivo, sino sólo a un derecho racional, el mismo para todos los pueblos y tiempos, que permanece siempre idéntico a sí mismo. Estos *actos comunes* son acciones efectivas, pero no acciones jurídicas. Si bien los puritanos que emigraron a América encontraron necesario redactar sus famosos contratos de fundación, deben verse e interpretarse a la luz de la atmósfera espiritual en que ellos vivían. Creían que era preciso llevar a cabo tales contratos, porque consideraban evidente que toda comunidad descansaba sólo en ellos; pero la causa real de su fundación no radica en la representación errónea que tenían acerca de la fundación, sino en la instauración efectiva de una comunidad organizada. Siempre se olvida que los colonos continuaban considerándose ingleses, sometidos al derecho inglés, y pensaban en las colonias como partes del Estado inglés. *"We [...] the loyall subjects of our dread sovereign King James [...] heveing undertaken for the [...] honour of our King and countrie, a voyage to plant the first colonie in the Northerne parts of Virginia."* Así comienza el famoso contrato de "Mayflowers". No trataron los colonos, ciertamente, de fundar un Estado en sentido jurídico, porque si así hubiese sido, no habrían necesitado transformar las colonias en Estado el año 1776.

[6] Así, por ejemplo, Rivier, para no citar sino la literatura más reciente, *Principes du droit des gens*, 1896, I, p. 54, afirma el carácter real del origen del Estado, y añade que éste puede nacer, entre otros modos, *"en suite de conquête, de traité, de succession de révolutions amenées par une identité plus ou moins consciente d'intérèts par des aspirations nationales ou religieuses communes"*. Igualmente, Ullmann, *Völkerrecht (Handbuch des öffentlichen Rechts)*, 1898, p. 95, cita: la declaración de independencia, la separación por la fuerza, la sublevación y la guerra, contrato entre Estados independientes, con objeto de formar un solo Estado o una confederación, sucesión; Von Liszt, *Das Völkerrecht, systematisch dargestellt*, 3ª ed., 1904, pp. 41-42, distingue (de conformidad con la doctrina anterior, y sin tener en cuenta mis observaciones a la misma) como causa del origen de los Estados, entre acciones naturales y jurídicas (singularmente, unión de poderes copartícipes o de un tercer Estado) y el poder de las armas. Bonfils, *Lehrbuch des Völkerrechts*, trad. Groh, 1904, p. 106, dice muy justamente que, acerca de la cuestión del origen de los Estados, la historia, y no el derecho, ha de responder; pero no separa lo bastante la prehistoria jurídica de los actos que originan al Estado, del origen real del mismo. Así, por ejemplo, él da como fundamento originario de la formación de Bélgica, la separación voluntaria de aquélla respecto de los Países Bajos, lo cual no es exacto, además, desde el punto de vista histórico.

en sí mismos. Por consiguiente, se pueden fijar las condiciones sobre las cuales reconocerán los otros Estados a una comunidad como tal Estado o la rechazarán; pero lo que no pueden estos Estados es reglar la creación de los mismos. El Estado es tal, en fuerza de su naturaleza interna, y entra en la comunidad del derecho internacional a causa del reconocimiento expreso o implícito de los otros miembros de esta comunidad. Del propio modo que toda individualidad adviene en persona mediante el reconocimiento de ella por una comunidad jurídica. El derecho internacional, por tanto, tiene como *factum* la existencia de los Estados, pero no puede crear este *factum* mismo.[7]

Pero tampoco el derecho público es capaz de formar el proceso de la formación de los Estados. Éste no puede fijar un derecho que sirva de base a su propio origen, porque para esto necesitaría precisamente existir él con anterioridad, es decir, para poder crear el derecho. El acto de creación de los Estados puede ser juzgado, sin duda alguna, según el derecho de los Estados de que se trate: puede ser contrario al orden jurídico de estos Estados o conforme a él. Pero jamás puede juzgarse el Estado así nacido según el derecho de otro, porque el derecho sólo valora lo que está sometido a su soberanía.

El fundamento más hondo de este fenómeno radica en la doble naturaleza del Estado. Sólo quien crea poder conocer a éste estudiándolo exclusivamente como institución jurídica es el que puede plantear la cuestión acerca del fundamento jurídico de un Estado concreto. El Estado es primeramente una formación histórico-social a la que se adosa el derecho, pero que no pudo crear a éste, sino que es más bien el fundamento de su existencia. Los hechos jurídicos preceden al nacimiento de los individuos humanos y se enlazan con ellos. Pero el acto del nacimiento mismo queda completamente fuera del derecho.[8]

Por esta razón, la existencia jurídica de un Estado sólo puede descansar en su propia voluntad. Un Estado jamás puede ser creado jurídicamente

[7] Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 36, y Anschütz, *Enziklopädie*, p. 209, afirman la existencia de principios de derecho internacional acerca de la formación de los Estados; mas la prueba de su afirmación tiene por base una *petitio principii*, porque, según ellos, el imperio alemán ha sido creado mediante la unión *(Vereinwarung)*, con lo cual vienen a afirmar que un Estado puede nacer mediante un acto jurídico.

[8] Véase Gierke, en *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pp. 85-86, donde él se muestra esencialmente de acuerdo con mis doctrinas expuestas en *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 253-254. Acerca del origen puramente social y prejurídico de la corporación en general, se ha expresado muy enérgicamente Gierke, *Genossenschafstheorie*, pp. 23-24; *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 483-484. Los hechos sociales que le sirven de fundamento van unidos a proposiciones jurídicas. Esto vale, sin duda alguna, para las corporaciones que se forman bajo el orden jurídico existente en un Estado. Pero no se puede aplicar esto a los Estados mismos, porque los principios de derecho internacional que habrían de reglar tales formaciones no existen. Se encuentra de acuerdo conmigo principalmente, Seidler, *Jur. Krit.*, pp. 71-72.

por otro, cualquiera que sea la participación que hayan tenido uno o varios Estados en el proceso de la formación histórica de un segundo Estado. El Estado es tal, por poseer órganos encargados de ejercer funciones de un modo inmediato. Ha menester, además, querer atender estas funciones de un modo libre. Una coacción para imponer una determinada organización a un Estado, no son conceptos concordables, y una coacción sobre los órganos supremos encargados de ejercer las funciones constitucionales equivaldría a privar a éstos de su carácter de órganos del Estado.[9] La formación del Reino de Westfalia fue ordenada por un decreto de Napoleón en el que fijaba aquel soberano los principios de la organización de este Estado. Pero solamente la libre voluntad de Jerónimo hizo posible que se llevase a cabo esta constitución, y al mismo tiempo que fuese posible el nuevo Estado, el cual pudo considerar desde este momento aquel decreto como una ley de sí mismo. Cuando Luis Bonaparte, no queriendo sufrir por más tiempo la arbitrariedad fraternal, abdicó la corona de Holanda, lo que tuvo como consecuencia la incorporación de este Estado al imperio francés, púsose bien de manifiesto que aun esos Estados aparentes, como los de estos sátrapas napoleónicos, necesitaban para poder existir, una voluntad que no estuviera sometida al peso de una coacción.

Aun allí donde un Estado conserva su organización y existencia históricas gracias a uno o varios,[10] no existe un nexo jurídico entre el Estado creador y el Estado creado. Pueden atribuirse al nuevo Estado obligaciones de derecho internacional, pero éstas suponen ya la existencia de aquél y no están derivadas del acto de creación. El orden del nuevo Estado, cualquiera que pueda ser la procedencia del mismo, descansa jurídicamente sólo en su propia voluntad. Al transformarse un miembro de un Estado en un Estado independiente, ha sido muy frecuente que conserve la constitución de que procede, la cual, no obstante permanecer con sus palabras casi intactas, adquiría como constitución de un nuevo Estado un carácter completamente distinto, que no podía ser derivada jurídicamente de la forma anterior.[11]

Estudiando el origen de nuevos Estados en una confederación, es como puede verse de una manera clara y rica en enseñanzas el hecho, externo al derecho, de la formación de los Estados. Así, por ejemplo, los Estados

[9] Por esto no radica en la libre elección del poder del Estado, el determinar qué constitución se ha de introducir. Un ejemplo notable de esto lo ofrecen las luchas constitucionales austriacas de 1861 a 1867. La constitución del 26 de febrero de 1861 había establecido dos *Reichsrat*, uno más reducido y otro más amplio, en el que habrían de tener cabida los diputados de Hungría. Pero jamás pudo llegar a constituirse este último, porque el *Landtag* de Hungría se negó a enviar representante.

[10] Como sucedió en Europa con Cracovia, las islas jónicas y Bulgaria.

[11] Véase el capítulo xv de esta misma obra.

Unidos de América.[12] Los territorios americanos advienen en Estados cuando una ley de la Unión los autoriza por un *Enabling Act*, para que se organicen como Estado los habitantes del territorio de que se trata. Sobre la base de esta ley se convoca una asamblea constituyente, que elabora una Constitución. Mas para estas constituciones existen ciertas condiciones restrictivas en las leyes de la Unión (por ejemplo, necesidad de libertad absoluta y prohibición del *control* de la Iglesia en las escuelas públicas). La Constitución hecha conforme a estos principios, mediante la cual se constituye el nuevo Estado y por cuya virtud se crean y entran en actividad los órganos de la nueva comunidad, no es una ley de la Unión, sino una ley del Estado. Así, por ejemplo, el *Enabling Act* del 22 de febrero de 1889, que divide el territorio de Dakota en dos Estados, Norte y Sur, autoriza al pueblo de estos dos Estados futuros a darse una Constitución.[13] En este caso, la Constitución de ambos Estados descansa exclusivamente en sus propias leyes, por eso principia la Constitución de Dakota del Sur de 1° de octubre de 1889 expresamente con estas palabras: *"We, the people of South Dakota [...] do ordain and establish this Constitution for the State of South Dakota"*.[14] De igual modo sucede con los demás Estados federados americanos. Más comprensivamente y en fecha reciente, ha tenido lugar esto mismo en el Brasil, el cual se ha transformado de un Estado unitario en federal, en virtud de la autorización concedida por el poder central a las antiguas provincias para convertirse en Estados.[15]

También en estos casos en que parece mostrarse muy claramente una continuidad jurídica, el acto de creación del Estado es realmente consecuencia de un hecho que queda fuera del orden del derecho. El poder central, que dominaba ilimitadamente hasta ahora sobre estos territorios, retrocede para dar espacio a la formación de Estados. No los crea él, pues, sino que permite crearlos. El acto de creación de los Estados no radica en el poder central, sino en la voluntad de cada asamblea constituyente, cuya acción de erigir el Estado no puede ser jurídicamente cua-

[12] Véase sobre esto, Jameson: *A treatise on Constitutional Conventions*, 4ª ed., Chicago, 1887, pp. 173 ss. Von Holst, *Das Staatsrecht den Vereinigten Staaten von Amerika (Handbuch des öff. Rechts)*, pp. 95 ss. Schlief, *Die Staatsrechtliche Stellung der Territorien*, en el *Arch. für öff. Recht*, IV, pp. 314 ss. M. Farraud, *The Legislation of Congress for the Government of Organiced Territories of the United States*. Newark, 1896, pp. 53 ss.

[13] Véase la *Laws passed at the second Session of the Legislature of the State of South Dakota*, Pierre, 1891, pp. 3 ss.

[14] "Nosotros, el pueblo de Dakota del Sur [...] hacemos, ordenamos y establecemos esta Constitución para el Estado de Dakota del Sur." *Op. cit.*, p. 16.

[15] Constitución de los Estados Unidos del Brasil, del 24 de febrero de 1891, artículo 2°: "Cada una de las antiguas provincias formará un Estado". Véanse también los artículos 4° y 63. Esta constitución ha sido traducida y publicada en francés en el *Annuaire de législation étrangère*, XXII, 1892, pp. 977-978.

lificada, porque falta el orden jurídico con que pudiera ser medida. Una vez formado el Estado es cuando pueden alcanzar significación jurídica retrospectivamente los hechos que dieron lugar a esta formación, en cuanto pueden ser juzgados ellos según el derecho de los nuevos Estados, siempre que haya alcanzado aquél para éstos un valor jurídico. Pero el acto decisivo de creación, en sí mismo, permanece sin duda alguna fuera del derecho y como su supuesto.

Un Estado puede nacer mediante una lenta formación histórica; así acontecía con los Estados territoriales de los antiguos reinos alemanes, que jamás fueron reconocidos como tales expresamente por el imperio. Tampoco en este caso podía determinarse jurídicamente el proceso de formación de los Estados. Estaba terminado el proceso y el acto de creación llevado a cabo, tan pronto como se tuvo la convicción del origen jurídico del poder del Estado y se le hizo descender históricamente de la esfera del imperio. Los señores territoriales alemanes consideraban su poder como una gracia divina; es decir, como un derecho que les pertenecía a ellos originariamente. Más tarde explicaremos cómo hubo doctrinas jurídicas que contribuyeron a afirmar estas convicciones.

Es posible que los efectos de los actos que forman los Estados no hayan adquirido claridad en la conciencia de los actores. La organización de los ejércitos y de las autoridades en Brandeburgo y Prusia a partir del Gran Elector ha ido formando lentamente un solo Estado, de los *Estados prusianos,* lo cual no pudo verse con perfecta claridad jurídica sino después de la disolución del imperio.[16] Nadie puede determinar taxativamente la hora en que nació la unidad del Estado prusiano, porque no es posible fijar en qué momento las partes dejan de ser tales. Lo mismo exactamente puede decirse de la monarquía austriaca, donde, a partir de María Teresa, existe una organización común entre los territorios heredados alemanes y bohemios; ella fue quien hizo un Estado unitario de estos territorios sin que la conversión de estos dos grupos en provincia haya sido expresamente formulada.

Este acto de creación, pues, queda fuera del derecho, pero *sólo* él. Todos los actos que le preceden y le siguen han de ser juzgados en el mundo de los Estados modernos según algún derecho. Las personas que fundan el Estado están siempre sometidas a un orden jurídico conforme al cual sus acciones, en tanto que la fundación misma no se ha llevado a cabo, aparecen como conformes al derecho o como contrarias al mismo,[17] lo cual tiene una consecuencia importante, y es que allí donde la fundación

[16] Véase Bornhak, *Preussische Staats-und Rechtsgeschichte,* 1903, pp. 146-148. Aun era posible a Schlözer escribir en 1779 al ministro Zedlitz: "La monarquía prusiana es un agregado de Estados grandes y pequeños". Véase Max Lehmann, *Freiherr von Stein,* II, 1903, p. 13.

[17] Esto ha sido tratado muy acertadamente por Laband, I, p. 33.

se hace respetando el orden jurídico, el Estado recién creado no necesita un reconocimiento especial de aquellos otros Estados a cuya esfera jurídica alcanza de algún modo su creación, sino que su reconocimiento resulta como un efecto inmediato y evidente, en tanto que cuando se trata del caso opuesto, se hace necesario un acto de reconocimiento por parte de los Estados lesionados, bien que este reconocimiento sea obligatorio o no según el derecho internacional, y pueda hacerse expresamente o seguirse como una concesión tácita.

La nueva formación de un Estado se considera, pues, acabada, si todos los elementos esenciales de un Estado existen realmente y de una manera indubitable en el caso dado, y la comunidad así formada está en situación de actuar como tal. Así sucede cuando sus órganos ejercitan realmente la soberanía, y a ellos se obedece de un modo efectivo. Con este hecho se enlaza inmediatamente el derecho. Respecto del exterior, el nuevo Estado entra en la comunidad de los mismos, y como necesita mantener una relación con los demás, se reconoce como obligado al derecho internacional tal como éste se halla en el momento de la creación del Estado. Por esto acepta como suyos ante todo los deberes que ordena el derecho internacional respecto a la sucesión de los Estados.[18] Respecto al interior, no existe ningún principio jurídico que lo obligue a reconocer el derecho existente, pues el derecho internacional no ordena las relaciones internas de los Estados, y no hay otro derecho que pueda obligar a dos Estados separados entre sí a tener un orden común. Formalmente, el Estado parece completamente libre de formar, según su sentir, el nuevo sistema jurídico de su vida y de tomar del antiguo lo que le plazca. Mas esta libertad formal encuéntrase ante obligaciones materiales. El nuevo Estado está determinado, sin duda alguna, por su fin, y conforme al fin jurídico que le es propio según la convicción de sus miembros, está obligado materialmente a modificar lo menos posible la situación jurídica. Por esto toma del derecho en vigor hasta entonces, en el Estado desaparecido, cuanto para su propio orden jurídico conviene, a menos que sea necesario para el nuevo Estado la destrucción de las relaciones del antiguo, o conserven validez para él por no haber sido suprimidas por un acto expreso.[19]

[18] O mejor dicho, que no están ordenados, puesto que hay pocos puntos en el derecho internacional que puedan estar tan poco claros como la doctrina de la sucesión de los Estados. Véase sobre las distintas teorías acerca de esto: Max Huber, *Die Staatensukzession*, 1898, pp. 8-9. La propia solución organológica que da Huber al problema queda también sometida a la crítica.

[19] En caso de incorporación, se consigue el mantenimiento del derecho mediante el hecho jurídico del reconocimiento previo por el Estado anexionante del orden jurídico del Estado anexionado, y de aquí que sea cuestionable la presunción de si continúa o no este reconocimiento.

No es esto un principio de derecho natural, pero corresponde a la práctica dominante, y las desviaciones de esta regla se consideran, dadas las modernas concepciones del derecho, como injustas. Por esto es el Estado formalmente libre de reconocer el derecho existente; pero pesa sobre él la exigencia ético-política que lo impele a reconocerlo con las restricciones señaladas. Comúnmente, tiene esto lugar de un modo tácito. De tal modo están dominados los poderes formativos de los Estados por las concepciones dominantes acerca de lo que debe ser el derecho, que se deduce de ellas inmediatamente la voluntad presunta de mantener como válido dentro del nuevo Estado todo el derecho anterior que no ha sido derogado. En otro caso, es decir, si así no fuera, resultaría en este territorio que había una completa ausencia del derecho, hasta que un acto expreso legislativo lo promulgase. Pero esta situación jamás puede presumirse como voluntad de un Estado. Este derecho conservado experimenta una transformación honda, porque, a pesar de la continuidad e igualdad material con el derecho anterior, procede de una fuente distinta, y esto es de importancia suma para su evolución.

Exactamente lo mismo puede decirse cuando se trate de cesiones de territorio. En el derecho internacional no hay nada determinado respecto al derecho que ha de valer en el territorio separado, a no ser que de un modo excepcional el cesionario haya dado seguridades acerca de esto al cedente. Tan pronto como un Estado tiene en su poder, jurídicamente, un territorio, la situación jurídica de éste sólo puede ser juzgada frente al Estado según el derecho propio al mismo, y no podría ser obligado formal y jurídicamente por una voluntad superior a la del Estado.[20]

[20] Estas cuestiones trátanse por lo común en los sistemas de derecho internacional. Así, por ejemplo, Rivier, *Principes*, II, pp. 436-437; Ullmann, *op. cit.*, p. 70; pero falta una investigación fundamental acerca de este problema. Ullmann, en la obra y pasaje citados, hace consistir la conservación del orden jurídico en que el objeto de la adquisición sea una asociación corporativa organizada con un orden jurídico propio, cuya soberanía sólo puede ser cambiada por el nuevo poseedor mediante otros actos jurídicos voluntarios. Pero ¿en qué orden jurídico tiene su origen este principio? En el derecho internacional seguramente no (pues falta un sujeto internacional justificado que esté frente al del adquirente y sólo indirectamente pueden tener estos casos un aspecto de derecho internacional, es, a saber, cuando entra en cuestión el derecho de un tercer Estado); por consiguiente, sólo puede tenerlo en el derecho público. Pero ¿dónde hallar el derecho público positivo que asegure a los territorios anexionados su derecho? No pertenece, pues, el principio de Ullmann a la esfera del derecho positivo, sino al de la *aequitas* creadora del derecho. La práctica prusiana de 1866 corresponde, sin duda alguna, al punto de vista aceptado por nosotros, por cuanto confirma de un modo expreso el derecho existente. Dice el acta patente de anexión de Hannover: "Queremos conservar las leyes e instituciones existentes hasta ahora en Hannover en cuanto son la expresión autorizada de sus peculiaridades; pueden permanecer en vigor sin hacer agravio a la unidad e intereses del Estado mediante pretensiones extremadas". También quedaban garantidos expresamente los derechos adquiridos. Véase *Preussische Gesetzsammlung*, 1866, p. 592. En el mismo sentido se procedió para las demás anexiones a Prusia.

Por último, se debe examinar cuánto tiempo permanece un Estado en el mismo lugar. La doctrina dominante en el derecho internacional afirma que ni los cambios profundos de la constitución, ni las revoluciones, ni el aumento o disminución del territorio del Estado, y por consiguiente de la población, destruyen la identidad del Estado; pero este principio reconocido por la generalidad, sólo es admisible aceptando el punto de vista de la teoría de la asociación. Una unidad asociativa es independiente del número de sus miembros y de la extensión de su dominio. Un cambio en su constitución altera la forma pero no el ser de la asociación. La unidad de ésta permanece la misma, en tanto que los elementos de la asociación estén en una perfecta continuidad temporal y los fines concretos de ella sean, al menos en su mayor parte, objeto de su atención incesante.[21]

No es fácil decidir en cada caso particular si un nuevo Estado se puede considerar como realmente nuevo o si sólo ha experimentado una modificación en alguno de sus elementos. Así, por ejemplo, parece como si en 1707 el reino de Inglaterra hubiese dejado de existir para dar lugar mediante la unión con Escocia al reino de la Gran Bretaña. Realmente, al unirse a Inglaterra Escocia, lo que sufrió fue una ampliación de extensión, ya que la unión sólo tuvo esencialmente como consecuencia, algunas pequeñas modificaciones sin importancia en la estructura del Parlamento inglés. Este mismo resultado fue el de la unión de Irlanda con la Gran Bretaña en 1800, no obstante haberse considerado esto en el lenguaje oficial como la formación de una nueva comunidad-Estado constituida por otras dos que habían permanecido hasta entonces independientes. No se les ha ocurrido por esto a los ingleses pensar que Guillermo IV fuera el primer rey de este nombre por el hecho de que hubiera sido realmente el primero de la Gran Bretaña. De suerte que los ingleses no han aplicado las consecuencias de esta transformación, que en la ter-

[21] Esta unidad ha de ser apreciada según las normas sociales valorativas existentes en aquella época, como acontece siempre que hay un cambio en los elementos constitutivos de una unidad social. Las concepciones modernas acerca de la identidad no podrían ser aplicadas, sin sufrir alteración, a las modificaciones de los Estados medievales, quienes, no obstante, conservaban un fundamento social que permanecía siempre el mismo. Que la cuestión relativa a la identidad de los Estados y la de los elementos que los garantizan fue discutida en la Antigüedad, lo prueban las observaciones de Aristóteles en *Pol.*, III, 1. La solución que Aristóteles da al problema, a saber: que el Estado en sí mismo cambia al mismo tiempo que cambia su constitución, es la que corresponde a su concepción fundamental acerca de la esencia de las cosas, la cual se encuentra según él, en la forma. A partir de Grocio, ha sido rechazada esta opinión por todos los teorizadores del derecho internacional con argumentos que no corresponden a la calidad de los que esgrimían los adversarios; tanto más, cuanto que Aristóteles mismo no desconocía la significación práctica de la cuestión de la persistencia de las obligaciones de los Estados transformados respecto de otros, y admitía desde su punto de vista la posibilidad de una solución que correspondiese a la necesidad de las relaciones entre los Estados.

minología oficial ha experimentado Inglaterra, a la cronología de sus reyes.

Nos ofrece un ejemplo opuesto el reino de Italia. Formalmente, Italia se ha constituido mediante la incorporación de la provincia italiana de Austria, y el resto de los Estados de la península de los Apeninos, al reino de Cerdeña, y la constitución de ésta, extiende su acción sobre toda Italia. Oficialmente sólo parece haberse transformado el nombre de Cerdeña, en Estado de Italia, el cual había de constituir con aquélla el mismo Estado y el mismo sujeto de derecho internacional. Pero contradice esto el carácter de mera provincia que toma dentro del Estado italiano el primitivo reino de Cerdeña; la elevación de Roma a capital; la organización de todo el Estado y la fijación de órganos inmediatos para el mismo. Estos hechos histórico-políticos están en desacuerdo con las teorías oficiales, y no consienten se considere a Italia meramente como una Cerdeña extendida, sino más bien que se considere a Cerdeña como reabsorbida por el nuevo Estado que forma Italia.

Estos ejemplos nos enseñan cuán próximos pueden hallarse estos dos fenómenos: la formación de un Estado y la transformación del mismo. El *iatus* de dos órdenes jurídicos que acompaña a todo proceso secundario de formación de un Estado, salvo que esto suceda en un territorio hasta entonces sin Estado, puede ser tan insignificante que llegue a ser muy difícil, en casos particulares, fijar los límites de ambos. En el proceso histórico existen por todas partes imperceptibles momentos de transición; mas el derecho, a causa de su naturaleza conceptual, necesita límites precisos en estos casos en que la nueva formación de un Estado sólo puede determinarse *a posteriori;* es absolutamente evidente, a causa de la ininterrumpida continuidad de la historia, que el nuevo poder del Estado reconoce al que hasta entonces existía y no ha sido aniquilado por la modificación de las relaciones políticas.

En cada caso concreto en que se pone en cuestión si se ha formado o no un Estado, sólo es posible fijar su existencia o negarla atendiendo a la situación concreta de las cosas en aquel momento. Los principios generales con que se puedan diferenciar las formaciones dudosas de las que son indudables, casi son imposibles.

Un Estado permanece idéntico y continúa, por tanto, en su calidad de tal cuando a causa de una *capitis diminutio,* se convierte de soberano en no soberano. Al entrar en un Estado federal pierde el poder de un Estado la nota de soberanía, pero conserva todas las notas esenciales del Estado.[22] Los Estados de la Alemania del Sur, por ejemplo, han permanecido

[22] El punto de vista opuesto fue mantenido por mí en otra ocasión. Véase *Lehre von den Staatenverbindungen,* pp. 50 ss.

los mismos que eran antes, no obstante haber entrado a formar parte del reino alemán.

2. La desaparición de los Estados

La desaparición de un Estado puede ser, como su origen, una cuestión meramente de hecho que se desarrolle fuera del dominio del orden jurídico. Si los acontecimientos naturales destruyen el territorio de un Estado o su pueblo, el Estado toca igualmente a su fin. También puede tener lugar el fin efectivo del Estado por disolución de la unidad de la asociación cuando deja de existir el poder del Estado por desaparecer los órganos supremos o porque rehúsa continuar funcionando: el ejemplo más claro de esto lo ofrece la disolución del Sacro Imperio Romano Germánico en 1806. La renuncia de la corona imperial de Francisco II no fue el fundamento jurídico de la disolución del reino. La declaración hecha por él: "consideramos el oficio y dignidad superior del reino como extinguidos a causa de la unión de la Confederación del Rin y nos consideramos a nosotros mismos desligados de todos los deberes que habíamos aceptado respecto del imperio alemán", excedía las atribuciones del emperador, y la ruptura efectiva de la Confederación del Rin y del imperio deja como existente e intacta la asociación en los restantes territorios, los cuales constituían la mayor parte del imperio.

La ruina de un Estado es un hecho puramente real cuando se debe a un acto de poder, tenga o no un carácter guerrero, bien porque se trate de ocupaciones debidas a la decisión de una parte sin fundamento jurídico alguno (por ejemplo, repartición de Polonia) o revoluciones (Estados del centro y sur de Italia en 1860-1861).

Pero en todos los demás casos, la desaparición de un Estado es un hecho. No desaparece un Estado porque él decida no continuar existiendo o unirse a otro. Más bien se necesita que cese el poder público de ejercer sus funciones y comience en su lugar a llenar su actividad otro Estado.

Estos hechos son aquellos que el derecho internacional suele ocuparse en clasificar. La división de un Estado, la división por poderes extranjeros, la conquista, la anexión voluntaria a otro Estado, la conversión de una variedad de Estados en uno, son hechos que tienen, ante todo, una naturaleza real, a saber: la disolución de asociaciones estatistas existentes.

Con estos hechos pueden enlazarse actos jurídicos, pero de una manera completamente distinta que cuando se trataba del origen de un Estado. Este último se llevaba a cabo fuera del derecho porque no existía orden alguno con el que pudiesen juzgarse los hechos que daban lugar al adveni-

miento del Estado; pero no sucede lo mismo cuando se trata de la desaparición del Estado.

Puede suceder que el Estado deje de existir conforme a su propio orden jurídico; es decir, puede acontecer que legalice los actos que lo encaminan a su desaparición. El principado de los Hohenzollern y el ducado de Lauenburg han sido incorporados al reino de Prusia en virtud de la voluntad legal de estos Estados, manifestada de conformidad con su constitución. En estos casos precede a la desaparición del Estado un contrato de sujeción que lo obliga a hacerse desaparecer. Pero puede extenderse un Estado, de conformidad con el orden que regula dentro de su dominio la validez jurídica de los cambios de territorio, más allá de sus primitivos límites y el derecho internacional reconoce a esta extensión un valor jurídico, incluso si es resultado de la conquista y contraria a la voluntad del Estado desaparecido, e incluso cuando este acto de fuerza ha sido acompañado de la violación de la norma del derecho internacional. Esta extensión tiene lugar mediante el acto de incorporación, al cual se le ha de atribuir un valor jurídico. Pero existe una diferencia entre la incorporación que tiene lugar por la voluntad de ambas partes y la que sólo desea una de ellas, a saber, que en el primer caso, la totalidad de los hechos que originan la cesación del poder de un Estado y la sustitución de este poder por uno nuevo, son jurídicos, en tanto que en el segundo caso, el acto de la destrucción real de un Estado precede al acto jurídico de la incorporación. Existe aquí siempre una situación de hecho, cual es la ocupación, a la que puede unírsele el acto jurídico de la incorporación. Ésta se encuentra completada en el momento en que el sujeto activo de la incorporación da a conocer, de una manera suficiente según el derecho internacional, que considera como perteneciente a él, el territorio que ocupa. Por consiguiente, no coinciden de ninguna manera este acto y la incorporación desde el punto de vista del derecho público particular del Estado; más bien puede decirse que estos actos acontecen distanciados temporalmente, pues el segundo no necesita llegar a tener efecto en general, como habremos de explicar en otro lugar.

Las mismas cuestiones principales que hemos encontrado cuando se trata de la desaparición total de un Estado, las hallamos también al tenernos que referir a la separación de partes del Estado. Estos actos corresponden igualmente, como cuando se trata de la desaparición de la posesión en derecho privado, a la esfera de lo real. Este hecho, como toda clase de cesiones, puede ir acompañado del derecho y estar fundado en el mismo, pero puede suceder que la separación de estos elementos sea debida a un acto de poder. Sin embargo, no podría conservar durante largo tiempo un mero carácter de hecho, porque el poder mismo del intercambio en las relaciones internacionales fuerza al Estado lesionado a reconocer

los hechos ocurridos, mediante lo cual la separación y la incorporación adquieren un carácter jurídico. En este punto concreto, diferéncianse estos hechos de la desaparición total de un Estado; pues, en este último caso, no queda nadie con el derecho o el deber de reconocer el nuevo estado de cosas creado. Los soberanos legítimos destronados y toda clase de pretendientes no tienen derecho alguno a combatir o a reconocer un orden de cosas contrario a sus exigencias, pero que está afirmado. Las acciones de estas personas son de gran significación desde un punto de vista político; pero jurídicamente, toda acción sólo puede ser juzgada de acuerdo con el orden jurídico existente, cualquiera que pueda haber sido el modo como éste naciese, y así considerados, los actos de estos pretendientes o tienen un carácter indiferente para el derecho, o son contrarios al mismo. Sólo quien considere que existe un orden jurídico natural, perfecto, que esté sobre el derecho público positivo y sobre el internacional, y por consiguiente, que desconozca la importancia de las relaciones entre fuerzas para la vida de los Estados, puede llamarse partidario de la doctrina del principio de la legitimidad.[23]

Es posible también el renacimiento de un Estado desaparecido cuando los elementos de la asociación se unen de nuevo. Mas si este Estado que renace es o no idéntico al que desapareció, sólo puede ser determinado mediante consideraciones sociales, pero no por un razonamiento formal jurídico. La continuidad y discontinuidad de las relaciones jurídicas engendradas por la muerte y resurrección de un Estado sólo puede ser medida conforme a una justicia que esté sobre el derecho. Justamente estas relaciones muestran de un modo claro que la conexión entre lo social y lo jurídico en la vida del Estado no necesita coincidir.[24]

Así como puede dudarse de la existencia de un nuevo Estado, puede también ponerse en duda la desaparición de un Estado; confirman esto, los ejemplos que hemos citado. A ellos ha de añadirse el de un Estado que en el transcurso de la evolución histórica se funde o se asocia a otro. El ejemplo más relevante de esto nos lo ofrece la historia de Austria. Antes de la pragmática-sanción, era ya muy dudoso que los distintos territorios de Habsburgo formaran un Estado común, y la pragmática-sanción ha dado a estos territorios la unión indisoluble, pero no una unidad de Estado. Hemos hecho notar en otro lugar que la formación del Estado austriaco no fue acompañada de una declaración expresa de lo que cedía el Estado a sus partes. No es posible determinar con entera seguridad

[23] Sobre esto véase el cap. XI.

[24] A fin de explicar la continuidad jurídica en estos casos, se ha aceptado el recurso que ofrece la ficción romana del *postliminium*. Para comprender la completa falta de solidez y valor de esta construcción cuyas huellas se advierten en los sistemas del derecho internacional, véanse las observaciones importantísimas de Brockhaus en *Holzendorffs Rechtslexikon*, III, 3ª ed., Postliminium, pp. 97-98.

en qué momento han perdido completamente su carácter de Estado los territorios bohemios, tanto más cuanto que el concepto del Estado es hoy un concepto distante de las oscuridades y confusiones características del siglo XVIII. Igualmente la existencia de un Estado búlgaro independiente entre los años 1687 y 1867 ha sido muchas veces puesta en duda y sólo ha sido afirmada de manera indubitable, por vez primera, mediante las leyes promulgadas en la última fecha citada.

X. TIPOS HISTÓRICOS FUNDAMENTALES DE ESTADOS

COMO TODO FENÓMENO HISTÓRICO, el Estado está sometido a un cambio permanente en sus formas. Por esto, dentro del tipo general que hemos hallado, particularízase el Estado de múltiples maneras. Los elementos del concepto del Estado en sus dos formas, social y jurídico, se muestran de distinta manera en los diferentes círculos que forman la vida de la cultura, y depende de las propiedades generales de un pueblo y de una época, tanto el que se llegue a tener conciencia de estas propiedades como la manera de alcanzarlas. Por esto es altamente instructivo considerar los tipos de Estado que tienen una relación histórica con el Estado actual, ya porque le unan con él una inmediata continuidad histórica, ya porque el conocimiento de los unos haya influido en el otro. Los tipos que hemos de considerar aquí son los del antiguo mundo oriental, y más singularmente el de los israelitas, griegos, romanos, Edad Media y, por fin, el Estado moderno.

Estas formaciones de Estados han de ser comprendidas evidentemente, como todo lo histórico, en un fluir permanente, de suerte que el comienzo y el fin revistan en cada uno un aspecto enteramente distinto; pero en toda esta evolución y transformación pueden encontrarse muchas notas permanentes que a través de todos los cambios sufridos en el tiempo dan a un Estado o a un grupo determinado de Estado, un tipo especial; sólo este hecho es bastante para evitarnos el creer que la historia política de un pueblo es únicamente una confusión de noticias sin conexión interior y con un mero nexo temporal.

De las primitivas formaciones de los Estados sólo habremos de hacer notar aquello que es esencial para el conocimiento del Estado moderno. Una consideración total de la evolución histórica del Estado no cae dentro de la doctrina de éste, sino de la historia política y de la historia de la cultura, así como de la doctrina de la sociedad en todas sus disciplinas particulares; es más, estudiar de un modo completo en el curso de la historia un aspecto determinado del Estado significa el esfuerzo aunado de muchos investigadores. La cuestión que se trata en este lugar es tan sólo la que hace referencia a la asociación del Estado y al lugar que, dentro del mismo, corresponde al individuo, para ver si está en oposición o se conforma con las relaciones análogas existentes en el Estado moderno.[1]

[1] La oscuridad metódica de R. Schmidt se muestra de un modo patente en cómo polemiza contra las observaciones que habrán de seguir, *op. cit.*, II, 1, p. 839, nota. No toma en

1. El antiguo Estado oriental

Nuestro conocimiento acerca de la naturaleza y de las instituciones de los antiguos Estados orientales es muy defectuoso y no puede emitirse juicio alguno definitivo si se ha de tomar como base los resultados de la investigación histórica sobre los hechos que hubieron de conducir a la formación de imperios tan poderosos, sobre su organización interior y sobre los fundamentos del orden jurídico en que se apoyaban.[2] Poco se alcanza con designar a estos Estados con las expresiones de Estado despótico o Estado teocrático.[3] En lo que respecta al despotismo del Estado oriental, jamás estuvo tan acentuado que impidiese la existencia de un orden jurídico. Hubo un derecho egipcio, persa, indio, etc., con instituciones muy determinadas, y un derecho ordenado.[4] La consideración desdeñosa que los helenos tuvieron de la esclavitud de los antiguos pueblos orientales, la cual ha influido hasta nuestro tiempo, ha sido exagerada grandemente y tiene su base en la identificación que hacían los griegos entre libertad y participación en la soberanía; pero la verdad del caso es más bien que el derecho del individuo no podía hacerse valer para con el monarca, sino contra su subordinado, y que, como ocurre en todos los Estados en quienes la plenitud del poder reside en un órgano sin restricción alguna, sólo

consideración, a pesar de las líneas anteriores que parecen excluir toda interpretación errónea, que no se trata aquí de tipos que abarquen la totalidad del Estado, sino sólo de tipos que fijen la situación del individuo dentro de la asociación del Estado. De este modo relaciona este autor los Estados egipcio y persa, las asociaciones atenienses basadas sobre la consanguinidad, con la asociación del Estado, la diarquía romana de príncipe y senado, el Estado de la Edad Media, apoyándose en una distinción mediante la cual quedan amalgamados los elementos y aparece negada toda oposición esencial en estas formaciones, llamadas análogas, tan separadas unas de otras por el tiempo y por su distinto carácter cultural. ¡De aquí habría de deducirse que el individuo no ha experimentado ninguna modificación fundamental en su situación respecto al Estado desde la época de los faraones!

[2] Sobre los comienzos de la historia oriental hace notar I. von Ranken, *Weltgeschichte*, 4ª ed., I, p. 86, que no se presenta en general al comienzo en forma de grandes monarquías, sino en pequeños círculos de tribus o de corporaciones análogas al Estado, las cuales mantienen un régimen de autoridad peculiar e independiente las unas de las otras. Véase también Ed. Meyer, *Geschichte des Altertums*, I, 1884, p. 618.

[3] Todos los signos inducen a creer que estas formas fueron el punto final de una historia larga y rica en cambios. Las tradiciones israelitas de la época premonárquica, la organización aristocrática de las colonias fenicias y el reinado del pueblo entre los persas (Ed. Meyer, I, p. 608) muestran que el Oriente no fue menos vario en su política que lo que ha sido Occidente.

[4] Singularmente el conocimiento progresivo del derecho babilónico y egipcio nos ha hecho comprender la existencia de instituciones jurídicas bastante perfeccionadas que no concuerdan con las representaciones que solemos tener acerca del despotismo oriental. Véase Revillout, *Cours de Droit égyptien*, I, 1884, y *Les Obligations en droit égyptien*, 1886. Véase también Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen römischen Kaiserreichs*, 1891, pp. 56-57. Sobre el derecho del antiguo Oriente da noticias amplias L. Félix, *op. cit.*, IV, I, pp. 152-153.

pueden encontrarse las garantías para la conservación del orden jurídico en la naturaleza contingente de las personas que detentan el poder. En Oriente, por tanto, el individuo tiene una capacidad de derecho privado limitada. Lo mismo sucede con una parte del pueblo respecto de la capacidad para el derecho público, puesto que la pertenencia a una determinada clase o casta es lo que le da una calificación pública para que le sea otorgada una función u oficio. Por último, como frecuentemente sólo pagan tributos y proveen de soldados al ejército las comunidades sojuzgadas, tienen los grandes Estados una disposición interior que hace aparecer la totalidad de su asociación mucho más fútil e insignificante que la de los modernos Estados unitarios y centralizados.[5]

La teocracia, palabra creada por Josephus,[6] expresa una variedad de representaciones políticas, de suerte que es preciso darse cuenta del contenido circunstancial y concreto que en cada caso particular le corresponde. Es común a estas representaciones el significar una relación entre el soberano del Estado y el poder divino; mas se pueden distinguir dos tipos fundamentales: o bien el soberano es representante del poder divino, y su voluntad es semejante a la de la divinidad, o está limitado por el poder de ésta, que expresa su voluntad superior al Estado mediante otros órganos. De este modo, la teocracia puede tener como resultado el fortalecimiento del poder del Estado o la debilitación del mismo. Estas relaciones se modifican también conforme a la peculiaridad de las concepciones religiosas, dentro de las que existen oposiciones fundamentales, como se puede ver en la de los arios y semitas.

En general, puede decirse del primer tipo que apenas si reconoce el derecho del individuo, y que el Estado mismo toma el carácter de un objeto sometido a un poder extraño y superior al propio Estado. Por consiguiente, se afirma un dualismo peculiar por obra del cual el Estado ha menester de un complemento trascendente y suprahumano, gracias al cual adquiere capacidad para vivir.

El segundo tipo, por el contrario, plantea un dualismo dentro de la vida del Estado, formado por dos poderes: uno humano y otro de origen suprahumano. Hasta qué punto este segundo poder ejercitado por los sacerdotes no sólo limita sino domina y llega a transformar el dualismo en el sentido favorable al tipo primero, es cuestión que sólo puede fijarse en cada Estado particular.

Sin duda alguna, el más importante de todos estos Estados es el israelita, que corresponde al segundo tipo.[7] Sus instituciones, tal como han

[5] Así, principalmente en el Estado persa. Véase Ranke, I, pp. 150 ss.

[6] Contra Apion, 2, 16. Compárese con Wellhausen, *Prolegomena zur Geschichte Israels*, 4ª ed., 1895, p. 417.

[7] Sobre las relaciones estatistas anteriores al periodo del destierro, véase Stade, *Geschichte*

sido descritas por la Biblia, no sólo han influido en la construcción de la Iglesia primitiva, sino en las ideas políticas de la Edad Media y aun en las de la época moderna.

Las nuevas investigaciones han mostrado que el calificativo de teocracia sólo es aplicable de un modo completo a la época de la dominación extranjera en el Estado de Israel, es decir, sólo a Judea.[8] La idea de que los mandamientos de Jehová son superiores al poder de los reyes y que no es el rey aquel por cuya voz Jehová habla a su pueblo, existió también en la época primera de los reyes. En todo caso, este hecho es uno de los efectos históricos del Estado israelita. Por consiguiente, la realeza era concebida desde antiguo en este pueblo como un poder limitado unido a la ley de Jehová, la cual habría de realizar. En la literatura general no se halla pueblo alguno en que se encuentren juicios tan agrios y en que se vitupere a los reyes tan acerbamente como en el pueblo de Israel. La idolatría de los monarcas, tan frecuente en otros pueblos orientales, fue desconocida por el pueblo israelita, y aquel Mesías soberano que para el futuro anunciaban los profetas no era un hecho histórico, sino sólo una esperanza para el porvenir.

Añádase a esto una tendencia vigorosa de democracia, impresa en la legislación judía, la cual en su solicitud para con los desposeídos que no gozaban de todos los derechos y las clases sociales sometidas a un régimen de dependencia, llegaron a alcanzar un nivel mucho más alto que ningún otro pueblo occidental de la Antigüedad, y no sólo era objeto de su cuidado el que pertenecía a la propia nación, sino también el extranjero y el esclavo. Es verdad que la ley se expresa sólo de un modo imperativo; mas detrás de ella se oculta de un modo análogo a la que tanta semejanza tiene en este punto con ella, la ley de las Doce Tablas, el reconocimiento de los derechos subjetivos. El israelita tiene una personalidad determinada que puede hacer valer frente a frente del rey, porque el problema para éste consiste precisamente en otorgarle la protección jurídica, conforme a la ley que a él mismo le obliga. Sólo ante Jehová encuéntrase el israelita desposeído de todo derecho.

Estas ideas no son obstáculo para que la realeza luche por adquirir aquel poder de arbitrariedad que es nota común al Oriente,[9] si bien permanece siempre viva la conciencia de las obligaciones del rey, y aquí tiene su lugar el carácter fundamentalmente democrático de la política del pueblo de Israel. Perduran los recuerdos de la época anterior a los reyes, según

des Volkes Israel, I, 1887, pp. 410 ss. Ed. Meyer, I, pp. 346 ss., 566 ss. Renan, *Histoire du peuple d'Israel*, II, III, 1891 a 1893. Sobre la época posterior al destierro, además de las obras ya citadas, es la más digna de nota la de Wellhausen, *op. cit.*, p. 345.

[8] Wellhausen, *op. cit.*, p. 444.

[9] El concepto del despotismo oriental sólo tiene un valor limitado cuando se le aplica al reino de Israel. Véase Wellhausen, *Israelitische und judische Geschichte*, 2ª ed., 1895, p. 86.

los cuales la institución de la soberanía real procede de la voluntad del pueblo que recibe después la sanción divina. Así pues, la soberanía trascendente de Jehová no es un hecho natural, sino que descansa en el sometimiento expreso del pueblo, llevado a cabo en la forma de un contrato. Ya hemos hecho notar cuánta importancia ha tenido más tarde esta concepción para prestar apoyo a las exigencias democráticas.

A pesar de todo, la forma de la monarquía israelita no se separa del tipo común al Oriente. No se habla para nada de una participación reglada del pueblo en el gobierno, si bien muchas veces rey y pueblo contraen obligaciones mutuas en la forma de un pacto ante Jehová.

Los elementos opuestos que se encuentran en este Estado se reflejan en los efectos igualmente contrapuestos que de él se derivan: la forma dualista del poder soberano y su reunión en una mano poderosa, la libertad del pueblo que rechaza la realeza o se somete a ella, el poder absoluto del príncipe establecido por Dios, el cual reconoce sin duda alguna limitaciones religiosas, pero no limitaciones jurídicas, todas éstas son posiciones que apoyan sus pretensiones doctrinales en el Antiguo Testamento, el cual ha desempeñado, a causa de ello, un papel de importancia suma en la historia de la doctrina política.

2. El Estado helénico

La característica del Estado helénico, que durante mucho tiempo ha sido identificado erróneamente con el Estado antiguo en general, como si respondiese el Estado romano a igual tipo que el griego, ha llegado a alcanzar en la literatura moderna una gran precisión en lo que respecta a su contenido. Como nota fundamental del Estado griego habría de señalarse su omnipotencia, el desvalimiento del individuo frente al Estado. Aquél se disuelve dentro de éste y no es tal sino por el Estado. La libertad antigua consistía exclusivamente en que el individuo tenía capacidad para participar en la formación de las leyes soberanas; pero éstas dominaban al individuo totalmente, sin dejarle esfera alguna de libertad en el sentido más importante que tiene este concepto de libertad para el hombre moderno. Por eso, la idea socialista, según la cual el individuo sólo tiene el valor de miembro de una comunidad, halla su expresión más alta y más pura en el Estado griego cuando se trataba, al menos, del ciudadano. En oposición a él, el Estado moderno ha reconocido al individuo como un poder, con una esfera independiente, y él mismo (el Estado) se ha puesto al servicio de la evolución de la persona individual.

Mas estos juicios que tradicionalmente se han venido emitiendo acerca del Estado helénico proceden de dos fuentes distintas: de un lado han

nacido bajo el influjo dominante de las ideas políticas de Platón y Aristóteles, a quienes es común la expresión de que el individuo no se pertenece, sino que pertenece al Estado, pero fueron olvidadas aquellas observaciones de ambos pensadores que estaban en contradicción, precisamente, con la afirmación antes emitida.[10] Además, no se tiene para nada en cuenta el resto de la literatura política en que se había descrito de un modo completamente diferente el Estado y sus relaciones respecto al individuo, y se desconoce el hecho histórico importantísimo de que el individuo moderno tiene su fundamento teórico precisamente en las antiguas doctrinas, lo cual, o se ignora o se dice que se trata de una desviación de la llamada verdadera idea del Estado entre los griegos. Pero la dirección individualista de la antigua doctrina del Estado se hallaba fundada, no menos que la opuesta, en las relaciones políticas y sociales de entonces, del propio modo que en la actualidad las concepciones contradictorias del Estado nacen con igual necesidad y exclusivismo de la oposición de fuerzas que reinan en la sociedad. Además se olvida que ambos pensadores construyen teorías que aún hoy están por realizar. Tener la doctrina platónica y aristotélica como la expresión adecuada de la esencia del Estado griego sería científicamente igual que tratar de explicar el Estado alemán por las observaciones que nuestros filósofos Kant, Fichte y Hegel han hecho acerca de las cuestiones fundamentales de las doctrinas del Estado.[11] Finalmente no se tiene en cuenta que la suerte ha preservado de la desaparición precisamente las obras de los dos mayores pensadores griegos, en tanto que ha desaparecido una rica literatura política de otras escuelas.

El tipo del Estado antiguo creado en vista de la doctrina platónico-aristotélica es un tipo ideal, pero no un tipo empírico.

La segunda fuente de las opiniones más comunes acerca del Estado helénico es el liberalismo moderno, cuya doctrina consiste en poner en términos muy claros y mediante una antítesis tan vigorosa como le es posible, la doctrina de las relaciones del Estado con el individuo. Los grandes escritores sobre doctrina del Estado de los siglos XVI y XVII aplicaron las antiguas teorías a los tiempos modernos, sin darse cuenta de la distinción fundamental que entre uno y otro Estado existía.[12] Pero incluso

[10] Singularmente olvídase por lo común al juzgar la doctrina platónica, que el filósofo sólo debe tener participación, según él, en la vida del Estado perfecto; pero en el Estado real y defectuoso, únicamente es el cuerpo el que vive y no el espíritu como dice Platón en el *Teetetes*, 173. Acerca de la oposición entre las relaciones políticas reales de los griegos y los ideales platónicos, véase Windelband, *Platón*, 1900, p. 168.

[11] Sobre la falta fundamental de la concepción del Estado de Aristóteles, quien ni era un escritor de derecho público ni un historiador, véase Wilamowitz-Moellendorff, *Aristotels und Athen*, I, 1893, pp. 265-266.

[12] Hobbes, *Leviatán*, XXI, pp. 201 ss., combate la doctrina antigua según la cual la libertad sólo se realiza en la democracia, mientras que Hobbes afirma que esta libertad es la libertad del Estado, pero no la del individuo. Ésta es igual en todas las formas del Estado:

Montesquieu ignora la oposición que existe entre la antigua y moderna libertad.[13] La concepción de la libertad en Rousseau procede directamente de los antiguos. La comunidad democrática de una ciudad griega[14] corresponde perfectamente al ideal de Estado de Rousseau. La idea de una esfera originaria de libertad que hubiera de respetar el Estado, la rechaza éste de un modo expreso.[15] Tampoco tenía la doctrina del Estado reinante en Alemania al comienzo del siglo XIX un concepto claro de la oposición entre la libertad griega y la moderna.[16] Hegel dice en sus lecciones sobre filosofía de la historia: "En Atenas existía una libertad real y una igualdad vital de costumbres y de educación [...] Junto a esta igualdad y dentro de esta libertad podían tener cabida toda clase de desigualdades entre los caracteres y las disposiciones intelectuales, así como toda clase de diferencias entre los individuos, los cuales encontraban en aquel medio incitaciones poderosas para su propia evolución".[17]

Prescindiendo de una afirmación incidental de Ferguson,[18] quien por vez primera, de un modo agudo y brillante, ha hecho resaltar la antítesis radical entre la libertad antigua y la moderna, fue el portavoz del liberalismo francés en aquella época en que este liberalismo alcanzó su mayor

"Whether a commonwealth be monarchical, or popular, the freedom is still the same". (Ora sea monárquica o popular [la organización de] una comunidad, la libertad siempre es la misma.) Esto es, el sometimiento del individuo al Estado es igualmente ilimitado en todas partes.

[13] En el *Esprit des lois*, XI, 3, desarrolla Montesquieu el concepto de la libertad política como aquel derecho individual de hacer todo lo que las leyes permiten: mas ésta no es la libertad democrática, añade él: *"Il est vrai que dans les démocraties le peuple parait faire ce qu'il veut: mais la liberté politique ne consiste point à faire ce que l'on veut".* La libertad política sólo puede hallarse, por consiguiente, en las formas moderadas de gobiernos. De la falta de libertad de los antiguos no habla nunca Montesquieu.

[14] Claro es que quedan excluidos esclavos y metecos.

[15] Véase Jellinek, *Die Erklarung des Menschen und Burgerrechte*, 2ª ed., 1904, pp. 5-6.

[16] Welcker, *Die letzten Grunde von Recht, Staat und Strafe*, 1813, p. 350, considera el Estado helénico como construido sobre la más perfecta libertad y personalidad del individuo. La subordinación del individuo al todo era voluntaria; pero el griego considera la participación en el Estado como lo más digno de valor. "Este sentido de la libertad y del derecho se consideraba como el más elevado, al cual se ofrecía como ofrenda voluntariamente lo mejor del individuo y aun su propio derecho", p. 357. El Estado, según Licurgo, es para este autor, la corporeización perfecta de la idea del Estado griego, pues ha sabido conciliar la absoluta independencia, unidad y rigor del todo con una igual libertad e independencia del individuo, p. 388.

[17] 2ª ed., p. 317.

[18] *Op. cit.*, I, 8ª ed., Basilea, 1789, p. 85. *"To the ancient Greek, or the Roman, the individual was nothing, and the public every thing. To the modern, in too many nations of Europe, the individual is every thing, and the public nothing."* [Para los griegos antiguos o los romanos, el individuo no significaba nada y lo público todo; para los modernos, en muchas naciones de Europa, el individuo es todo, y lo público, nada.] La oposición entre la libertad política y la libertad civil ha sido subrayada por vez primera por Priestley: *An essay on the first principles of Government and of the nature of political, civil and religious Liberty*, Londres, 1768, pp. 12 ss.; pero en ningún lugar ha mostrado con ejemplos la oposición entre el Estado antiguo y el Estado moderno.

influjo europeo, a saber: Benjamin Constant.[19] La libertad antigua significaba tanto como la participación en el poder del Estado; pero la libertad moderna quiere decir ser libre frente al poder del Estado, y poseer el derecho, no de dominar, pero sí de influir en el poder del Estado para interés de los individuos.

Chez les anciens, l'individu, souverain prêsque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous ces rapports privés. Comme citoyen il decide de la paix et de la guerre; comme particulier il est circonscrit, observé, reprimé dans tous ses mouvements [...] Chez les modernes, au contraire, l'individu, indépendant dans sa vie privée, n'est, même dans les États les plus libres, souverain qu'en apparence.[20]

En Alemania, por vez primera se encuentra expresada una idea análoga a ésta en Tittmann,[21] al que siguen inmediatamente Cucumus,[22] Platner[23] y Vollgraff.[24] Más tarde, y apoyándose en Platón y el Estado espartano, Stahl,[25] cuya doctrina pretende mostrar que ha faltado a los griegos completamente la idea de una esfera de derechos individuales. Una teoría análoga es aquella que hay en el fondo de las investigaciones de K. F. Hermann[26] acerca del Estado griego. Pero aparte de esto, la doctrina del Estado en Alemania permanece durante largo tiempo ignorante de este problema. Los escritores políticos de las décadas de 1830 y 1840, como Schmitthenner,[27] Dahlmann,[28] describen las antiguas formas del Estado sin entrar en esta cuestión. Por vez primera reaparece esta antítesis en los representantes más preclaros del movimiento científico del liberalismo alemán, y reaparece formulado de una manera aún más precisa que lo hiciera Benjamin Constant. R. von Mohl se expresa,

[19] *"De la liberté des anciens comparée à celle des modernes."* Discurso pronunciado en el Athénée Royal de París en 1819. Impreso en la obra *Constant, Cours de Politique constitutionnelle,* ed. Laboulaye, II, 1861, pp. 359-360.

[20] *Ibidem,* p. 842.

[21] *Darstellung der griechischen Staatswerfassungen,* 1822, p. 15, escribe con cierta cautela: "En la época moderna el Estado se ocupa más de la seguridad de los fines individuales de lo que lo hacían los griegos, para quienes el objeto de mayor atención se encontraba en la seguridad de todo, de la Constitución, de la igualdad".

[22] *Über den Staat und die Gesetze des Altertums,* 1824, p. 18.

[23] *Der Prozess und die Klagen bei den Attikern,* I, 1824, pp. 11-12.

[24] *Antike Politik,* 1828, pp. 69-70.

[25] En primer lugar, en la *Philosophie des Rechtes,* I, 1ª ed., 1830, p. 43-44. Stahl niega, apoyándose en la concepción popular, exteriorizada en los mitos, y basándose, además, en la doctrina platónica, que hayan conocido los griegos en general el concepto del derecho subjetivo. Así pues, este escritor es mucho más radical que cuantos de *ex professo* se habían ocupado antes que él del estudio del Estado y el derecho en la Antigüedad griega.

[26] *Griechisches, Staatsaltertümer* (publicado por vez primera en 1831), 5ª ed., 1884, § 51, pp. 218-219. Es siempre de mucha mayor reserva que Stahl.

[27] *Grundlinien der allgemeinen oder idealen Staatsrechtes,* 1845, pp. 42 ss.

[28] *Op. cit.,* pp. 21-22.

principalmente en su *Enciclopedia de las ciencias del Estado*, en estos términos:

> Entre los antiguos el individuo está al servicio del Estado, y halla la satisfacción de sus fines mediante el bien del Estado. Entre los modernos es el Estado el que sirve para los individuos y alcanza su gloria cuando consigue el bien de sus ciudadanos. La libertad consiste entre los griegos en la participación en el gobierno; hoy en ser gobernados por el mínimum de gobierno posible. En el Estado antiguo las prestaciones de los ciudadanos son como el remate de su personalidad; en la época moderna significa una limitación de la misma.[29]

De Mohl data en Alemania la *communis opinio* sobre la distinción entre la libertad antigua y moderna, la cual queda firmemente establecida posteriormente hacia el año 1860, por obra de las investigaciones de Hildenbrand,[30] Laboulaye[31] y Foustels de Coulanges.[32]

Una investigación crítica de esta doctrina nos mostraría ante todo cuán erróneo es tratar de caracterizar sólo con algunas palabras, un espacio de tiempo que comprende varios siglos. El Estado espartano en la época de la guerra de Mesina, y Atenas en los días de Demóstenes, no sólo están temporalmente a distancia el uno del otro, sino que en lo que toca a la estructura política interna de ambos los separa tanta diferencia como a la Venecia del siglo XIV con la Italia de hoy. No sólo el Estado antiguo se ha formado revistiendo aspectos varios, sino que la evolución interna de los mismos se ha llevado a cabo de una manera bastante análoga al modo como el Estado de la Edad Media se ha transformado en Estado moderno.

Además, debe tenerse en cuenta que las descripciones más típicas del Estado heleno son predominantemente retratos del Estado militar espartano. Sin duda se debe esto a que este último, tal como entonces se hablaba ya de su pasado, fue tomado por Jenofonte y Platón como el modelo que era necesario oponer al Estado ateniense que había degenerado en una democracia desenfrenada. El propio Aristóteles, más tarde, en su *Política*, no ha permanecido ajeno al influjo de esta visión del Estado espartano, pues muchas instituciones de la Laconia hallaron cabida en el plan de su Estado ideal. Esta exigencia colectivista, tan vigorosamente reflejada en las instituciones del Estado, fue entonces para Atenas, que es a la que fundamentalmente nos referimos ahora, no una realidad jurídica sino proyecto de una Constitución futura, basada en instituciones de un

[29] *Enziklopädie*, 1ª ed., 1859, p. 319, e igualmente *Gesch und Literatur der Staatswissenschaften*, I, 1855, p. 222. Antes de Mohl había afirmado Bluntschli, *Allgem. Staatsrecht*, 1ª ed., 1852, p. 29, la superioridad y omnipotencia del Estado griego en la misma forma que Hermann.

[30] *Op. cit.*, p. 26.

[31] *L'État et ses limites*, 1863, pp. 103-104.

[32] *Op. cit.*, pp. 26-27.

pasado extraño a ella, y de ningún modo se apoya, por tanto, en la idea de un despojo completo del individuo en beneficio de la comunidad. Con razón ha mostrado Pohlmann que el motivo del fundamento del Estado ideal para Platón es el interés individual, y éste que éstos armonizan con los intereses sociales, hallando, pues, los primeros en el Estado que él exige, la más segura garantía.[33] En la Atenas del siglo IV el individuo tenía precisamente un poder tan grande y tan reconocido que todo reformador social necesitaba contar con él. En su crítica de la república platónica, Aristóteles ha tratado de demostrar que la ignorancia de la naturaleza de la individualidad era el error fundamental de la doctrina platónica del Estado.[34]

Existía una segunda razón para que fuese estimado el Estado lacedemonio como el normal y común a los griegos, cual es el influjo ejercido por O. Müller mediante su obra sobre los dorios. Bajo sus efectos, singularmente, llega Hermann a la afirmación de que la Constitución espartana en sus bases ha sido el reflejo más consciente y preciso de la idea del Estado griego.[35] Y sucede con esto, lo que tan común es en la historia de la doctrina del Estado, esto es, que una vez creado un tipo ideal, aquellos fenómenos históricos que no concuerdan con él se les considera como desviaciones de lo normal. Pero la investigación moderna, más libre de construcciones, ve en el cosmos licúrgico, donde la libertad del individuo está limitada exteriormente y éste se encuentra completamente cogido por la comunidad, un producto artificioso nacido de la necesidad de reunir todas las fuerzas para conservar la soberanía en los países conquistados, y nacido igualmente de la oposición entre los nobles y el rey, quienes mediante la organización del Estado quedaban recíprocamente obligados.[36] El Estado lacedemonio, por tanto, es igual a los otros Estados dorios, pero en modo alguno puede considerarse como el Estado normal griego; más bien podría atribuir este carácter, a causa de su influjo en la cultura, incluso en la de hoy, al Estado de Atenas, que es el que ante todo ha de investigar quien se proponga estudiar la historia de la evolución del Estado occidental. En lo que sigue, pues, habrán de señalarse aquellas peculiaridades del Estado helénico que no han sido suficientemente subrayadas y que tienen una gran significación para el conocimiento del actual.

El Estado griego es Estado ciudad, es decir, *polis;* originariamente es la aldea fortificada; más tarde, la ciudad edificada en torno a esta aldea llega a formar el Estado, o al menos, el núcleo de una comunidad estatis-

[33] *Geschichte des antiken Communismus und Sozialismus,* I, 1893, pp. 388-389.
[34] *Politik,* II, 2, 1261, *a,* y s.
[35] *Op. cit.,* p. 218.
[36] Véase Busolt, *Die griechischen Staats-und Rechtsaltertümer, H. B. d. klas. Altertumswissenschaft,* 2ª ed., 1892, p. 95.

ta cuya magnitud territorial era análoga a la de un cantón suizo.[37] La significación que ha tenido la pequeñez de la *polis* y de su carácter de ciudad en la evolución de la cultura helénica ha sido explicada muy frecuentemente; sin embargo, muchas de las notas que se han fijado no son exclusivas de los helenos, sino que también, posteriormente, comunidades cantonales o ciudades que han llegado a tener un carácter de Estado han participado de esas mismas notas que se creían peculiares de los griegos.

Mas es una nota enteramente propia del Estado griego, la de haber presentado en todas sus formas, como característica esencial y primera, la unidad interior. Principió la historia antigua con el Estado ya formado, y hasta donde llegan a abarcar los recuerdos de los pueblos antiguos, el Estado siempre se ostenta como una institución perfecta.[38] Lo que erróneamente ha sido considerado como una característica general del Estado antiguo, a saber, su omnipotencia respecto de la vida individual, cuya esfera por entero dominaba, sólo vale para tomarlo como punto de partida.

Son muy varias las causas de este fenómeno admirable. En lo que concierne a la unidad interior, se adapta tanto más a la *polis,* cuanto que a los griegos, la monarquía, que sólo había existido en los comienzos, no les es conocida más que de nombre.[39] Odiaban la tiranía, y la soberanía del pueblo con varios matices era la forma de gobierno que exigía el espíritu nacional. El carácter dualista del Estado medieval sólo ha sido posible, como habremos de ver dentro de poco, a causa de la realeza. El carácter primitivo de las relaciones internacionales y el desamparo político en que se hallaban los vencidos llevaban consigo la existencia de la *polis* y el que cada vez fuesen haciéndose más estrechos los lazos de los individuos entre sí. Por esto también ha de explicarse de este modo el porqué de unirse y obligarse el ciudadano a una pequeña comunidad. De otra parte, la clase dominante al menos no se daba cuenta de la falta de libertad, porque lo que el individuo perdía en beneficio del Estado lo recibía con creces mediante su participación en el gobierno, y en esta partici-

[37] Busolt, p. 24.

[38] Apenas si conocemos nada seguro sobre los comienzos de la ordenación de los Estados entre los griegos. Véase sobre esto Ed. Meyer, *Gesch. d. Altertums,* II, pp. 79-80. Además, sobre las formas primitivas del Estado-raza, Estado-tribu y Estado-ciudad o Estado-cantonal, véase la obra citada de Meyer, pp. 302-303; así como Busolt, pp. 23-24, para el estudio de las corporaciones que cogen un distrito o cantón existentes aún en algunas tribus en la época de la guerra del Peloponeso, las cuales corporaciones han formado también sin duda algunas unidades para fines políticos y de culto.

[39] La imperfección de la idea monárquica en la Antigüedad fue mostrada ya por Montesquieu, XI, pp. 8 y 9. Véase además, sobre este punto, Kaerst, *Studien zur Entwicklung und Theoretischen Begründung der Monarchie im Altertum,* 1898; *Hist. Bibliothek,* VI, cap. 2°, pp. 12-13.

pación reside justamente lo esencial del ciudadano, lo que lo diferencia del mero habitante.

Mas la *polis* no era exclusivamente una pluralidad de Estados, sino al propio tiempo una comunidad de cultura: ésta es la distinción radical de la misma respecto de sus análogas de Oriente. En primer lugar, no existía ley alguna que prescribiese una dirección concreta a la evolución política, ni autoridad del Estado que valiese como instituida inmediatamente por Dios, sino que siempre descansa la *polis* en la unidad inquebrantable de lo que en el mundo moderno ha sido separado: Estado e Iglesia.[40] Por esto el Estado helénico había de tener una gran cantidad de exigencias para sus ciudadanos.

Esta unión entre comunidad de Estado y comunidad de culto explica también otro fenómeno importante, que es el hacernos comprensivas las exigencias que inciden en las doctrinas de los grandes pensadores griegos, para quienes la educación del ciudadano para la virtud, es el fin último del Estado, y la conducta moral, el deber supremo del ciudadano. Éstas son las consecuencias naturales de una concepción del Estado, cuyas raíces proceden de la antigua convicción del pueblo, que ve en el Estado la obra de Dios y la morada permanente del mismo, cuya veneración era el deber primero y sumo del ciudadano. El Estado antiguo es Iglesia al propio tiempo, y por eso no sólo ha de ocuparse del derecho, sino también de la honestidad de la vida. Abarca cuanto es sagrado y querido al hombre, de aquí que el griego no deba entregarse al Estado por temor a una coacción exterior, sino por devoción. Es verdad que el Estado sólo le garantiza su vida de ciudadano, pero ésta abarca justamente todo lo que solamente es en el hombre digno de él.

A partir de la época de la guerra con los persas sufrió el Estado griego, y singularmente Atenas, una evolución intensa, que se mostró en la corriente más y más acentuada que tendió a desligar a los individuos de las obligaciones que primitivamente tuvieron. Aquella entrega ingenua de los ciudadanos antiguos para con el Estado es atacada en lo más íntimo por una crítica desoladora. La sofística afirma la doctrina del derecho del más fuerte.[41] Lo que los antiguos consideraban como parte divina

[40] Cuando Rehm hace notar en *Staatslehre*, p. 34, que los griegos distinguían entre lo humano y lo religioso, así como entre la comunidad de Estado y la comunidad de culto, sólo tiene razón en cuanto esto pueda significar que la oposición entre lo humano y lo divino le era perfectamente conocida; pero era para ellos inconcebible una comunidad de Estado independiente sin un culto particular. La fundación de una ciudad implicaba ante todo la erección de un nuevo templo para el culto. *"La cité était la réunion de ces qui avaient les mêmes dieux protecteurs et qui accomplisaient l'acte religieux au même autel."* F. de Coulanges, p. 166.

[41] Pöhlmann ha demostrado que esta doctrina no queda circunscrita al pequeño grupo de los sofistas. Véase *op. cit.*, p. 51, n. 1. Véase además Dümmler, *Prolegomena zu Platos Staat*, Basilea, 1891, p. 30.

del orden terrestre no tuvo a los ojos de la generación joven otro valor que el de meras observaciones humanas, y el fin de estas afirmaciones, decían los más radicales, lo constituye la explotación de los más débiles por los más fuertes. Además, la idea y el propio sentimiento van apartando a los hombres de la *polis* que por tanto tiempo había sido el punto central de todas las aspiraciones. Ya Demócrito y Sócrates comienzan a sentirse ciudadanos del mundo; los cínicos más tarde tratan de indemnizarse de toda sensación política mediante un cosmopolitismo ajeno a toda patria, y los estoicos, finalmente, intentan abarcar la vida entera y establecer en vez de la ciudad-Estado un reino mundial. En ambas escuelas encuéntrase claramente formulado el concepto individualista de la libertad.[42] La literatura había sacudido igualmente los fundamentos de la antigua vida del Estado griego; basta pensar a este propósito en Eurípides. Frente a estos esfuerzos aparece la doctrina política de Platón como un ensayo para hacer revivir relaciones políticas que habían desaparecido; son un intento por regenerar la *polis* en un sentido aristocrático sobre la base conservadora de la concepción de los antiguos dorios helenos. El propio Aristóteles, tan realista, representa una concepción conservadora, como se echa de ver en los pasajes en que precisa el tipo de *polis* de su Estado ideal. El Estado macedónico que vio extenderse hasta constituir un imperio mundial, no llega a tener influjo alguno en su política.[43]

Lentamente, pues, había ido infiltrándose y haciéndose valer un individualismo enérgico que no cedía en fortaleza al individualismo moderno. La concepción mecánica, atomística y utilitaria del Estado, tal como más tarde, singularmente en los siglos XVII y XVIII, se le encuentra, existe ya en la doctrina de los epicúreos, como resultado teórico de la evolución que hemos descrito. Pero políticamente este individualismo halló plena satisfacción en la democracia ateniense a partir de Pericles. Sin embargo, éste, no sólo había ensalzado la entrega del individuo al todo, sino también la plena libertad social de los atenienses.[44] Pero la antítesis del concepto

[42] Acerca del concepto cínico-estoico, ἐλυθερία, véase Kaerst, pp. 28-29, especialmente las citas de la p. 29, n. 1, en la cual la libertad se considera equivalente al poder de determinarse el individuo por sí mismo.

[43] Véase Wilamowitz-Moellendorff, *op. cit.*, pp. 356-357. He aquí lo que dice sobre el Estado perfecto de Aristóteles: "Lo que leemos aquí no es sino el Estado platónico, del que había ya dado el propio Platón en *Las leyes* una imagen que se adaptase a las relaciones posibles y reales y que de nuevo sufre aquí como otra reducción a la realidad".

[44] Tucídides, II, 37. Acerca de la gran libertad real de que en esta época gozaba el individuo (incluso aquel que no era ciudadano) escribe Beloch, *Griechische Geschichte*, I, 1893, p. 474, con alguna exageración: "Libertad de toda coacción, cualquiera que sea, es en general el impulso de este siglo y tal vez jamás vuelve a realizarse este ideal en la medida en que lo realizó la Atenas de entonces". Sobre el estado actual de las investigaciones acerca de Grecia, tan a menudo en contradicción con lo que tradicionalmente se repite, véase Ed. Meyer,

de libertad, a saber, participación en el Estado y libertad respecto de éste, había ya penetrado claramente en la conciencia científica. Aristóteles encuentra ya esta oposición viviendo en las concepciones populares de la democracia y trata a ambas con gran sagacidad.[45] En este punto nada se ha descubierto teóricamente por los modernos, que no hubiese sido ya conocido de los antiguos.

No puede hablarse ya en esta época de una incondicional subordinación del individuo al Estado. Por otra parte, el poder del Estado se había debilitado; los funcionarios eran venales, y la administración, a fuerza de sus abusos, despreciable. El Estado era como una pelota de juego de que se servían los partidos; un medio para satisfacer sus egoísmos sin continencia. Aún era peor lo que acontecía con la oligarquía espartana, la cual necesitó finalmente fortalecerse mediante los periecos, sin que lograse, aun recurriendo a esta medida, recobrar en lo más minimo su carácter primitivo.

Si tratásemos de comprobar ahora la omnipotencia del Estado en la época de esplendor de la Hélade, hallaríamos que cuanto se dice corresponde principalmente no más que al antiguo Estado dorio; así por ejemplo, el abandonar a los niños en los caminos, el servicio militar, el deber de contraer matrimonio y de procrear. Es verdad que se citan algunas instituciones tomadas de leyes de otros Estados; pero no son muy convincentes para la cuestión de que se trata. F. de Coulanges cita, en apoyo de su afirmación de que los antiguos no conocieron la libertad individual, estos datos: que en Socres, la ley prohibía a los hombres beber vino, ¡como si hoy no existiesen leyes de temperancia!; que en Atenas a las mujeres les estaba prohibido llevar consigo más de tres vestidos en los viajes, ¡como si la época moderna no hubiese conocido también limitaciones del lujo!; que era un deber votar en las asambleas populares y desempeñar los cargos públicos; pero estas disposiciones no son extrañas a las modernas leyes municipales ni a las constituciones de los Estados; que la enseñanza estaba reglada por éste y era obligatoria para los niños, ¡como si el Estado moderno no se ocupase de la educación! Además, no conocemos en general de qué época son estas leyes ni si

Gesch. d. Altertums, III, 901, p. 291, quien hace notar además, cuán poco han influido los resultados realmente revolucionarios en el círculo de los estudiosos. Tampoco han tenido en cuenta aquellos resultados, Gierke, *Althusius*, pp. 329-330, ni Lemayer, *op. cit.*, p. 9, en la polémica que han sostenido contra mis afirmaciones.

[45] "δύο γάϱ ἐστίν οἷς ἡ δημο ϱατία δοκεῖ ὡϱίσδαι, τῷ τὸ πνεῖον εἶναι κῦϱιον και τῇ ἐλευθεϱίᾳ τὸ γὲν γάϱ δίκκιον ἴσον δοκεῖ εἶ αι, ἴσον δ'ὅτι ἄν δόξῃ τῷ πλὴθεῖι, τουτ' εἶναι κὺϱιον, ἐλεύθειϱον δέ υκῖ ἰσον τὸ οτι ἄν βοὺληταί τις ποιεἰν' ἱύστε̃ ζῇ έν ταις τοιαύταις δημοκϱατίαις ἕκαστος ὡς βούλέται." *Pol.*, v. 9, 1310, *op. cit.*, pp. 28 ss., y más adelante: "ἕν μεν οὖ τῆς ἐλ υθεϱὶας σημεῖον τοῦτο, ὃν τίθενται παντες οἱ δημοτικοί τῆς πολι ἑίκς ὅϱσν' ἕν δὲ τὸ ζῆν ώ βοὺλεται τιο. τοοτο γάϱ τό τῆς ἑλευθεϱίκς ἔϱ ον εἶ αί φατιν, εἶπε, τ ῦ δοολεύοντος τό ζῆν μή ὡς βούλεται". VI, 2, 1317 *b*, pp. 11 ss. Véase, para el final de la cita en la p. 265, n. 1.

tuvieron un carácter permanente o sólo fueron leyes con validez circunstancial; pero lo que sí está fuera de duda es que muchas de estas leyes están separadas unas de otras por periodos de siglos; de suerte que hacer con motivo de ellas afirmaciones generales, tiene próximamente el mismo valor que si se quisiese juzgar del derecho penal alemán actual según la ley Carolina.

Basándose en fundamentos análogos a los de Coulanges[46] y algunos otros, un historiador habría podido más tarde negar que los Estados del siglo XIX hayan reconocido una esfera de libertad individual. Para esto podría haber recurrido a las leyes contra los católicos, en Inglaterra, hasta el año 1829, a la expulsión de los protestantes del valle de Ziller, a las persecuciones de los demagogos en Alemania en el segundo y tercer decenio del pasado siglo como resultado de las conclusiones de Carlsbad o recordar las medidas contra los siete de Gotinga o la destitución de los *privat-dozents* de las universidades a causa de su doctrina ateísta a mediados del siglo pasado, sin contar con las medidas policiacas de la Francia imperialista, de la Austria absolutista y aun de la Rusia actual, etcétera.

En realidad, en Atenas especialmente, a medida que crece la cultura, va ensanchándose de un modo efectivo la esfera de la libertad individual; ¿cómo podían haber nacido de otra suerte las insuperables creaciones espirituales de aquella época? Una reglamentación del arte o de la ciencia habría tenido como fruto el empobrecimiento de ambos. Jamás ha llegado a ser real aquella policía para la literatura de que habla Platón. ¡El honor de introducir la censura, dejáronselo los hombres del antiguo Estado que vivían en servidumbre, a los hombres libres de la Edad Moderna! Si la historia refiere varios procesos debidos a incredulidad o herejía[47] ¿qué significan estos pocos casos cuidadosamente registrados, compa-

[46] *Op. cit.*, pp. 263-264.

[47] Sobre los procesos por impiedad (asebia), véase Meyer Schömann-Lipsius, *Der attische Prozess*, 1883, pp. 366-367. En contra de la errónea concepción de Grote respecto a estos procesos, véase Pöhlmann, *Sokrates und sein Volk*, "Hist. Bibliothek", VIII, 1899, pp. 122-123, considera que las acusaciones por asebia siempre descansaban en motivos políticos; antes que este autor, había ya hecho notar el carácter político de este proceso L. Schmidt, *Die Ethik der altem Griechen*, II, pp. 25-26. Este punto de vista ha sido combatido, en una exposición detallada, por Ad. Menzel, *Untersuchungen zum Sokrate-Prozesse. Sitzunberichte del Kais. Akademie des Wissensch.*, en "Wien, Philos-hist. Klasse", CXLV, 1902, pp. 18-19. Pero la investigación de este autor le lleva a la siguiente consecuencia: que los procesos por asebia no procedían en modo alguno de intolerancia o fanatismo, sino que, más que de un delito religioso, se trataba en ellos de un delito político. Dado nuestro defectuosísimo conocimiento del concepto de la impiedad, no es posible afirmar si se trata en ellos siempre de castigar un delito criminal o si, por lo común, sólo es una medida de policía de costumbres. Desde Sócrates, jamás fue nadie perseguido en Atenas por sus doctrinas filosóficas, y la acusación contra Aristóteles sólo fue un pretexto político. Véase Beloch, *op. cit.*, II, 1897, p. 438.

rados con las humillaciones y los desafueros jurídico-sociales experimentados por los hombres a causa de su creencia o incredulidad en la época tan ensalzada de los derechos fundamentales garantidos? ¿Cómo hubiera sido posible el florecimiento comercial de Atenas y su situación en el mundo internacional si no hubiese reconocido la libertad económica al individuo?[48] Los ataques del Estado, de que habla la tradición, a la esfera del derecho privado, también tiene analogías en la historia moderna. La condonación de las deudas era una medida extraordinaria de la misma naturaleza que la que existía en Alemania, y fue suprimida desde 1879. Las nuevas investigaciones han mostrado que el derecho privado griego alcanzó un gran desenvolvimiento.[49] La antigua economía era en sus orígenes economía familiar y descansaba en la sustantividad de la economía del individuo, no en el precario de una economía comunista del Estado. Ya el hecho de que singularmente en Atenas fuese muy conocida y común la institución del derecho testamentario es prueba de que existía una gran libertad de derecho privado. Consideraban los atenienses los impuestos directos como una limitación de la libertad, y por eso, sólo existían temporalmente; lo que de nuevo prueba que tenían conciencia de la independencia del derecho privado. Las liturgias, tan pesadas a menudo, ofrecían una compensación de los impuestos directos, pero solamente las pagaban una minoría de pudientes. Las innumerables limitaciones de la propiedad en la época de esplendor de Atenas son exclusivamente de índole policiaca, a las que el derecho administrativo moderno puede oponer otras análogas que van tan lejos como ellas.[50] Menos limitaciones policiacas existían entonces que en la actualidad, en que tanto la vida pública como la privada están sometidas a un sistema de permisiones y prohibiciones de policía.[51]

Además, en el Estado griego dominaba la idea de que al individuo sólo se le pueden imponer obligaciones mediante las leyes; si bien de un modo especial, excepcional, ocurra esto también a veces mediante el ψήφισμα y el ostracismo. Esta afirmación recogida por la teoría moderna del Estado

[48] Las restricciones comerciales, que a pesar de esto existían, tenían un carácter mercantilista, y por consiguiente no es una nota peculiar de los antiguos.

[49] Véase Mitteis, *op. cit.*, pp. 61-62, sobre la significación del derecho privado griego.

[50] La propiedad grieta está más próxima a la germana que a la romana. Véase Mitteis, *op. cit.*, p. 70. La estimación escasa de que goza el derecho griego obedece principalmente a que se le compara siempre con el romano; pero como su poder no alcanza sino a una extensión muy local, el paralelo sería más apropiado si se estableciese con el derecho alemán de la Edad Media. A pesar de las diferencias mutuas, ambos están igualmente distantes de la perfección formal del derecho romano. Y tan imposible, no obstante, es hoy dejar de atribuir al derecho indígena alemán el carácter de orden jurídico peculiar e independiente, como describir el derecho griego cual si se tratase de un derecho rudimentario.

[51] Véase sobre esto, singularmente, Freese, *Die Freiheit der einzelnen in der attischen Demokratie, Stralsunder Gymnasialprogramm*, 1858, pp. 8-9.

de derecho, a saber, que toda actividad de gobierno dirigida hacia el individuo sólo debe ser ejecutada mediante una ley, y dentro de las limitaciones de la ley misma, fue plenamente reconocida y vivida por los griegos y singularmente por los atenienses. En el concepto de la ley incide además la idea de limitación. Montesquieu ha formulado su famosa definición de la libertad,[52] teniendo, sin duda alguna, ante la vista el Estado antiguo.

¿Es que habremos de afirmar que no existe distinción alguna en la concepción del antiguo y nuevo Estado, en lo que respecta al lugar que ha de ocupar el individuo? La respuesta es: a pesar de que de las instituciones de ambos no pueda deducirse una oposición entre los mismos, existe una diferencia muy significativa entre ambos.

En el Estado antiguo como en el moderno, reconocíase al individuo una esfera libre e independiente del Estado, pero jamás se llegó en la Antigüedad a tener conciencia del carácter jurídico de esta esfera del individuo frente al Estado. La conciencia de esta libertad individual como una institución jurídica está condicionada por la conciencia de una oposición, la oposición entre individuo y Estado; pero precisamente este pensamiento hubo de faltarle necesariamente a los griegos, y cuando en época posterior despertó el individualismo el sentimiento de esta oposición, había desaparecido la independencia de los Estados griegos.

La afirmación del derecho de libertad individual tiene como supuesto una doble oposición: primera, la de Iglesia y Estado; segunda, la de monarca y pueblo. Al calor de las luchas confesionales de la época moderna y de la que tuvo lugar entre el poder de los monarcas absolutos y los derechos del pueblo, como más tarde se explicará con mayor detalle, ha nacido la concepción de los derechos originarios correspondientes a una esfera de libertad que había de permanecer invulnerable para el Estado. Ninguna de estas oposiciones existió en Grecia. Ni quería el individuo libertarse de la coacción religiosa (porque una idea análoga al cambio de fe era completamente extraña a la época de la religión natural politeísta), ni el pueblo se oponía al soberano porque él era el soberano.

El desconocimiento del derecho individual sólo se extiende a esta esfera de la libertad, siendo en cambio muy viva la idea de que el Estado ha de llevar a cabo funciones en interés del individuo, las cuales tiene éste derecho a exigir que se cumplan. No es posible probar la afirmación, que Gierke ha tomado de Stahl y Hildenbrand,[53] de que los griegos no conocieron un derecho privado independiente, sino que más bien lo con-

[52] *"Dans un État, c'est-à-dire, dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce qui l'on doit vouloir et à n'être point contraint de faire, ce que l'on ne doit pas vouloir."* XI, 3.

[53] "Un derecho privado independiente no existía. Las relaciones jurídicas de derecho privado aparecían ante los ojos de los griegos como una derivación inmediata de la asociación del Estado." (*Genossenschaftsrecht*, III, p. 11.)

trario es justamente lo verdadero. De nuevo vuelven a identificarse la doctrina de Platón y la de Aristóteles con la realidad griega, y porque, el primero especialmente, nada dicen del derecho privado, se ha llegado a la conclusión de que no existía.[54] Pero tener un derecho y comprenderlo son dos cosas distintas, y a medida que se hace mayor nuestro conocimiento del derecho privado griego, más claramente se nos muestra que la protección jurídica se había formado en interés de los individuos.[55]

Los derechos políticos también fueron reconocidos y formados como derechos individuales. La cualificación jurídica de la persona como ciudadano, el derecho de ciudadano, fue objeto de una fijación estricta, no sólo por parte de las leyes de cada Estado, sino también de pactos entre Estados. Las formas de asociaciones entre los Estados griegos, la *isopolitia* y la *simpolitia,* descansaban esencialmente en las peculiaridades del derecho de ciudadanía de estas asociaciones.[56] Las funciones de este derecho: exigencia de participar en la administración de justicia y en la vida del Estado, estaban perfectamente reconocidas en su calidad jurídica. Es más, no sólo participaban de estos derechos los ciudadanos, sino también el que estaba sometido a la protección de alguien gozaba de los mismos de una manera taxativa y no meramente por obra de una precaria tolerancia. Mediante las instituciones peculiares de la *Proxenie* y de la *Euergesie,* concedíase a los ciudadanos de los demás Estados una serie de aptitudes y privilegios jurídicos, por ejemplo: entrar al consejo y a la

[54] También la afirmación de Bernatzik, *Republik und Monarchie,* 1892, p. 14, de que el individuo en Grecia se encontraba frente al Estado en la misma oposición en que el esclavo se halla respecto del señor, está basada exclusivamente en la autoridad de Aristóteles y no en las instituciones jurídicas reales de los griegos.

[55] Así lo ha mostrado Freese, de una manera enérgica, en su obra ya citada, pp. 5 ss. Las razones para que no haya existido una ciencia del derecho ático son múltiples. En no pequeña parte se debe esto al propio carácter del pueblo ateniense. Véase Wachsmuth, *Hellenische Altertumskunde,* II, 2ª ed., 1846, pp. 160 ss. ¿Quién sería hoy capaz de suscribir, después de las investigaciones histórico-jurídicas que se han hecho, esta afirmación de Cicerón en su obra *De Orat.,* I, 44: *"Incredibile est enim quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum, inconditum atque ridiculum"?* Tal punto de vista lo han mantenido durante mucho tiempo los romanistas frente a los germanistas, y de este modo podían llegar también a la conclusión falsa de que no existiendo una ciencia jurídica, faltaba igualmente un derecho en la Edad Media en Alemania, de la propia suerte que la doctrina dominante —en vista de que falta a Platón y a Aristóteles una ciencia jurídica— llega a la conclusión de que no existía en Grecia el reconocimiento de la autonomía de la personalidad individual. En la época moderna la historia de la jurisprudencia inglesa ofrece un buen ejemplo para mostrar cómo no puede deducirse de una manera cierta de la literatura de un pueblo su derecho. Del gobierno parlamentario elaborado en Inglaterra en el siglo XVIII, muéstrase absolutamente ignorante la ciencia del derecho inglesa de aquella época, y la existencia del gabinete no está comentada por Blackstone con una sola palabra. Posteriormente, escritores continentales fueron mejores expositores del derecho público inglés que los propios ingleses, lo que prueba que este pueblo no es capaz de dominar intelectualmente lo que históricamente ha creado.

[56] Véase Schömann, *Griechische Altertümer,* 3ª ed., I, 1871, pp. 375 ss.; Busolt, *op. cit.,* pp. 200 ss.; Szanto, *Das Griechische Burgerrecht,* 1892, pp. 67 ss. y 104 ss.

asamblea del pueblo; derecho a adquirir casas y tierras; seguridad contra el embargo de los bienes y prisión de las personas; a veces también exención de impuesto por compra y venta; libertad absoluta para importar y exportar, y por último, un puesto de honor en el teatro.[57] También constituía un deber de las autoridades atender a los *proxenos* en caso de que lo necesitasen.[58] La *Enktesis*, el recurso ante los tribunales y la *Epidamia* eran las formas con que se revestía la capacidad jurídica de derecho privado que se concedía a los extranjeros, capacidad que no era sino una parte de la que se otorgaba a los ciudadanos, lo cual prueba cuán grande era la división que existía entre la mera capacidad de derecho privado y los derechos políticos.[59]

Todas las prestaciones al Estado descansaban en fundamentos legales, con lo cual, de un modo análogo a lo que acontece en el Estado moderno, impedíanse las valoraciones arbitrarias. De entre estas prestaciones era la fundamental la obligación de servir en el ejército de 18 a 60 años, lo que ha constituido uno de los argumentos de más importancia para los que han sostenido la teoría de la absorción del individuo en el Estado; mas hoy, en que el deber del *Landsturm* dura hasta los 45 años, no puede seguir considerándose este servicio como excesivo, máxime si se advierte que la obligación del servicio en campaña sólo correspondía a los que contaban de 20 a 50 años.[60]

Estos derechos estaban protegidos mediante una administración de justicia muy bien formada que, al igual de lo que pasa hoy, sólo podía intervenir a instancia de los interesados; por esto, con la sentencia del juez no solamente se satisfacía un deber público, sino las exigencias de un derecho subjetivo del individuo. El derecho financiero de los atenienses presenta analogías con las modernas cuestiones del derecho administrativo.[61] Si alguien era designado para una liturgia y creía que se le había impuesto desproporcionadamente a sus medios, podía reclamar e indicar otra persona a la que con más justo derecho pudiera imponérsele el tributo.[62]

En vista de estos hechos, la doctrina de Constant, Stahl y Mohl, edificada sobre el tipo ideal dorio y sobre las teorías de Platón afirmando que en Grecia no era reconocida la personalidad individual, debe desaparecer

[57] Busolt, *op. cit.*, pp. 53-54.
[58] Busolt, *op. cit.*, p. 54.
[59] Sobre estas relaciones jurídicas es muy interesante Szanto, pp. 27 ss.
[60] Busolt, p. 388.
[61] Para comprender cuán vivo era el sentimiento de independencia individual aun en la vida económica, baste notar que los impuestos indirectos eran los más comunes y que los directos considerábanse como una limitación de la libertad. Véase Beloch, I, p. 434.
[62] Sobre este procedimiento e institución interesante de la sustitución de los bienes, véase Böckh, *Die Staatshaushaltung der Athener*, I, 2ª ed., pp. 749 ss.; Busolt, p. 299.

definitivamente de la literatura. El griego era sujeto de derecho, no sólo en beneficio del Estado, sino en beneficio propio. La omnipotencia del Estado, singularmente en Atenas, no va tan lejos que deje de reconocer al ciudadano una amplia esfera real en que pueda actuar libremente. De un modo formal jurídico era, por lo demás, completamente equivalente a la libertad moderna, pues ésta sólo puede definirse como libertad que descansa en disposiciones de derecho. Las limitaciones del Estado moderno respecto de la libertad individual son jurídicamente una limitación de sí mismo que tiene distinta extensión en cada Estado. La absoluta limitación jurídica del Estado en su relación con el individuo no existe, y como la experiencia lo ha mostrado, estas limitaciones tampoco pueden proceder de leyes fundamentales a las que en la época de Constant se les atribuía aún un valor excesivo. La distinción entre el lugar que ocupa el individuo en el Estado antiguo y en el moderno, vista desde su aspecto jurídico, consiste en lo siguiente: en que la libertad del individuo moderno está expresamente reconocida dentro de la ley del Estado, en tanto que en la Antigüedad, se consideraba esto tan evidente y claro, que jamás llegó a hallar un puesto en la legislación.

Finalmente, hagamos notar que la concepción, llamémosle así, de la dependencia del individuo respecto del Estado, estaba tan poco marcada en las instituciones griegas, que más bien aparece aquel mismo únicamente como una unidad superior de individuos, quienes continúan formando dentro de esta unidad, una variedad. Esto ha alcanzado su expresión en los nombres de los Estados particulares helénicos, que siempre son designados con el plural del nombre de sus ciudadanos. Atenas se llama οἱ Ἀθηνᾶῖοι y Esparta οἱ Λακεδαιμὸνιοι. El elemento territorial del Estado no fue reconocido por los antiguos en toda su significación. "El concepto del Estado va adscrito inmediatamente al de ciudadano —incluso cuando éstos abandonan su patria— no al territorio, y porque el derecho del ciudadano es un derecho gentilicio, va unido el Estado, en primer lugar, a la existencia de las razas y no a la de la tierra que ellas habitan ni a los lugares sagrados en que se veneran los dioses nacionales."[63] Por esto los ciudadanos que se hallan desterrados, si lo son en un número suficiente, se conceptúan como continuación del Estado destruido por los enemigos, el cual Estado revivirá cuando las transformaciones permitan una reconstitución del mismo.

Si se quiere caracterizar brevemente al Estado griego, puede hacerse de este modo, en vista de las observaciones precedentes: el Estado helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria, independiente y que tiene

[63] Szanto, p. 5. También Aristóteles en su investigación sobre la naturaleza del ciudadano define la *polis* como una pluralidad de ciudadano ἡ γαρ πόλις πὄλιτῶν τι πλῆθός ἐστιν. *Pol.*, III, 1275 a.1. Véase también Thukid., VII, 77.

como base leyes y autoridades propias. Esta asociación ofrece un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el derecho es, en esta asociación, la conformidad con la ley. A causa de esto el ciudadano tiene un círculo de derechos perfectamente determinado y reconocido, del cual la ciencia del Estado sólo ha sabido poner de manifiesto y hacer penetrar en la conciencia científica la parte referente al ejercicio de los poderes del Estado por el individuo; pero le ha faltado un conocimiento claro de los demás elementos de capacidad jurídica de que gozaba el individuo. Esto se debe a no haber existido —como ya hemos dicho— una ciencia jurídica independiente entre los griegos. A causa de la identidad entre la organización estatista y la religiosa, aparece formulado el fin del Estado teóricamente de la manera más comprensiva, al punto de que toda la vida de la cultura queda en él implícitamente contenida. Pero cuando se trata de la realización de esta idea, el Estado antiguo, en relación con el moderno, no llega a tanto como éste. El Estado que en realidad ha recogido dentro de su actividad todos los aspectos de la existencia humana en común es el Estado contemporáneo, quien ejerce un poder real, incomparablemente superior al de los helenos.

La distinción de más importancia entre el Estado antiguo y el moderno radica en la diferente estimación que a uno y otro merece la persona humana. Jamás la Antigüedad llegó a reconocer al hombre por sí mismo, como persona, aun cuando hayan sido Grecia y su filosofía quienes por vez primera se ocupasen de la idea del hombre y de la humanidad, y aun cuando la esclavitud haya tenido en Atenas un carácter mucho más dulce que en Roma antes de que la doctrina de los estoicos atenuase en ésta los rigores de aquella institución, y más dulce también que la de los negros en la época moderna. Tampoco se reconocía personalidad al extranjero; mas el progreso de la cultura ha ido consiguiendo igualmente que vaya disminuyendo el desamparo jurídico en que originariamente se encontraba el extranjero. En esta menor estimación de la personalidad humana hay que reconocer una oposición decisiva, pero sólo en relación con el Estado de hoy. La absoluta carencia de derechos del extranjero en la época de los antiguos germanos y otras relaciones peculiares de estos pueblos en un grado más primitivo de su cultura, las múltiples relaciones de dependencia de la Edad Media y de la Época Moderna, la intolerancia respecto a otras creencias, eran en el Estado antiguo puntos que nos hacen ver que la estimación de la personalidad se hallaba más limitada que en el mundo del Estado moderno. El siglo XIX es en el que en los Estados occidentales se ha conseguido una victoria general para este principio: el hombre es persona.

3. EL ESTADO ROMANO

Todo lo que se ha dicho del Estado griego vale, en principio, respecto del romano, que se forma partiendo de una ciudad-Estado y conserva las huellas de su origen hasta sus últimos tiempos. También el Estado romano es al mismo tiempo comunidad de cultura, pues el *jus sacrorum* forma parte del *jus publicum*. Además, el Estado, según la concepción de sus miembros, se identifica con la comunidad de ciudadanos, es decir, es *civitas*, lo que equivale a afirmar que es la comunidad de ciudadanos o *res publica*, la comunidad del pueblo. En el concepto del ciudadano prevalece también en Roma el momento de la participación activa en la vida del Estado, tanto más, cuanto que la capacidad para el derecho privado, y el *jus sufragii et honorum* podían estar completamente separados uno de otro, como lo prueba el caso del *filius familias* mayor de edad y el del latino dotado del *commercium*. El Estado romano también, no obstante todos los recuerdos que le hacen derivar de *una variedad de gentes*, muéstrase desde el momento en que aparece en la historia, como un Estado perfecto dotado de competencia para decidir, lo cual no procede de hechos históricos o jurídicos de ninguna clase. Por esto, el Estado romano desde el comienzo es una unidad interior y general. La división de la comunidad en varias partes dotadas de soberanía igualmente originaria es absolutamente imposible; de aquí que en toda época hayamos podido encontrar viva la idea de que, no obstante la pluralidad de los órganos, sólo en uno debe residir la plenitud del poder del Estado, el *imperium*, la *majestas*, y a los demás sólo les puede corresponder un derecho derivado. Cuando el *princeps* se coloca en la cumbre del Estado, entonces su poder procede de que el pueblo le ha transmitido, mediante la ley regia, los derechos que originariamente pertenecían a éste y precisamente por ello representa el *princeps* en su persona al pueblo en su totalidad. En el mundo occidental aparecen por vez primera en el imperio romano corporeizados en una persona, el poder y la totalidad de los poderes del Estado. De aquí en adelante, toda concentración de los poderes del príncipe se verá influida por este primitivo modelo romano. Donde quiera que se creen Estados, renacerá para servirle de tipo de construcción, la idea imperecedera romana del *imperium*. Mediante los glosadores y los legistas, influyen las concepciones romanas en la vida política de la Edad Media, y el Renacimiento vuelve a tomar como imagen para la formación de los Estados modernos, la propia concepción romana del Estado. El antiguo Estado ha influido inmediatamente en el mundo político moderno, no tanto bajo su forma helénica, cuanto en su forma romana.

Una diferencia esencial entre la vida de la cultura griega y la de la cul-

tura romana consiste en la distinta función y capacidad que se reconocía al padre de familia en el seno de ésta. La familia romana descansa en la concepción de una severa organización autoritaria: el *pater familias* tenía un poder político sobre los suyos que duraba lo que su vida; en tanto que el poder del padre de familia en Grecia estaba reglado por la ley y limitado en interés de los que estaban sometidos a su poder, poder que además expiraba, por lo que respecta a los hijos, cuando llegaban éstos a su mayor edad.[64] Por consiguiente, la situación del padre de familia romano respecto al Estado, era muy otra de la del griego; pues el primero tenía un poder de autoridad independiente y no derivado del Estado ni sometido a su fiscalización, es decir, un poder análogo al del Estado. Se diferencia este poder, por tanto, del de una pequeña monarquía, según nuestra manera de ver, en que la familia romana no poseía un territorio determinado sino que era una mera asociación de personas. En las primitivas instituciones del Estado se funda el reconocimiento de una personalidad individual, libre, independiente de aquél, al menos por lo que se refiere al *homo sui juris;* así lo muestra la situación del padre de familia, de que hemos hecho mención. En los recuerdos del pueblo pervivía la idea de que el Estado había nacido de una unión de familias constituidas en *gentes,* con lo cual la familia (a la que Cicerón llamaba *quasi seminarium rei publicae)*[65] aparece como una organización permanente y primitiva en la formación del Estado. Así pues, la separación de un poder público y de un poder privado y la oposición, basada en esto, de un derecho público y de un derecho privado, deriva de la construcción histórica del Estado romano. El romano frente al Estado es también persona. La distinción, así como la relación, entre el derecho público y el derecho privado, es tan propia al espíritu romano que, desde el momento en que se habla de una ciencia romana, penetra en el mundo de nuestra conciencia. El individuo romano no se deja absorber por el Estado, a tal punto, que a sus ojos todo el orden del Estado está puesto para el servicio del individuo. De igual modo que, próximamente dos mil años después, Locke, así en esta época, Cicerón considera que el orden de la propiedad es el objeto más importante de la totalidad de la vida política del Estado.[66] El egoísmo individual que sólo atiende al beneficio privado ha jugado un gran papel incluso en la tendencia de los romanos a convertirse en dominadores del mundo. El sometimiento al todo del individuo fue a éste ampliamente recompensado.

A los romanos, como a los griegos, les faltó, por las mismas razones, la

[64] Busolt, *op. cit.,* pp. 19 ss.
[65] De *off.* I, 17, 54.
[66] Véase la nota 30 correspondiente al párrafo dedicado a la teoría patrimonial, cap. VII, pp. 209.

clara conciencia jurídica de una esfera política de libertad, si bien existen rasgos muy manifiestos que prueban cómo para ellos el propio poder del legislador tenía límites en su relación con el individuo.[67]

La idea de que sólo a la ley, y por consiguiente a una autoridad limitada, se está sometido, era en Roma tan viva como en Grecia. Mas la calidad de ciudadano, al que se le considera como titular de exigencias de las prestaciones del Estado y de derechos para participar en la vida del mismo, fue reconocida con toda claridad por el sagaz espíritu jurídico de los romanos. La naturaleza jurídica de la ciudadanía llegó a alcanzar en Roma un desarrollo tan amplio como es posible. Sus distintos grados prueban cómo eran perfectamente conscientes de los innumerables círculos de derechos individuales que en este concepto iban contenidos. El propio concepto moderno del ciudadano pasivo, *cives sine sufragio,* no fue extraño a la República,[68] y por esto se ha transformado el tipo del antiguo ciudadano, cuya nota esencial era la participación activa en el Estado. Ambos aspectos del concepto de la libertad han sido familiares a los romanos. En el Digesto nos ha sido conservada sólo la definición de la libertad civil, no de la libertad política.[69] El Estado frente al ciudadano no tiene el carácter de un sujeto jurídico de igual valor. El ciudadano no posee una *actio* contra el *populus,*[70] pero esto no obstante, muchos sistemas jurídicos modernos, entre ellos el angloamericano, se asemejan en esto al romano.

La personalidad individual independiente respecto del Estado sólo se reconoce en Roma en su plenitud cuando se trata del ciudadano. Al hombre como tal, no se le reconoció la personalidad, incluso cuando el cristianismo llegó a ser la única religión del Estado. La antigua Roma cristiana no abandonó las bases del antiguo Estado, y de ella puede decirse lo que hemos dicho de la Roma pagana. A pesar de que la Iglesia exige independencia para sí, el Estado antiguo sigue siendo en la época cristiana una comunidad de cultos. Mediante el carácter exclusivo que se concedió al cristianismo, en oposición a la variedad de los demás cultos paganos considerados hasta entonces como cultos del Estado, se forma una nueva

[67] Véanse los pasajes de Cicerón citados por Ihering en su obra *Geist des römischen Rechts,* II, I, pp. 56 ss., núms. 44 y 45. La doctrina estoico-ciceroniana del *jus naturae,* que más tarde fue desarrollada por la jurisprudencia, lleva consigo ya el germen de una exigencia de limitación del poder legislativo del Estado, doctrina que tiene una estrecha relación con las modernas concepciones del derecho natural.

[68] Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrecht,* 1803, pp. 54 ss.

[69] Florentinus, I, 4, 2, *D. de statu hom.,* I, 5. *"Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur."* Véase sobre el concepto de libertad individual en los romanos, Ihering, *Geist des römischen Rechts,* II, 1, pp. 128 ss.

[70] Hay un procedimiento administrativo mediante el cual, cuando individuo y pueblo se encuentran opuestos uno a otro, el pueblo puede acusar al individuo por medio de una persona que lo represente. Véase Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte,* I, 1885, pp. 172 ss.

distinción constituida por creyentes, herejes e incrédulos, de los cuales sólo los primeros tienen plenamente justificada su existencia. Cuando el principado y el imperio redujeron a un mínimo los derechos públicos de las personas, a tal punto que el carácter de ciudadano descansaba casi exclusivamente en su capacidad de derecho privado, fue plenamente aniquilada la libertad que realmente había existido hasta entonces en las cosas religiosas, libertad que existía a menos que se opusiera a los intereses directos del Estado.[71] El romano, desde Constantino, y el reino de Bizancio, son las únicas formaciones a las cuales puede convenir la afirmación de que al individuo no se le reconocía existencia independiente del Estado. No ha existido jamás en la historia de los pueblos occidentales una época en que el individuo haya vivido más oprimido que lo fue en ésta; además, no existió para él ninguna posibilidad histórica —como hubieron de tenerla más tarde los hombres sometidos al absolutismo— de sacudir esta presión. Sólo poseían una esfera de derecho privado protegida de una manera mísera; mas ni conocían lo que era ejercer el poder ni tener libertad frente a él. Una oscuridad profunda que sólo ahora principia a desaparecer se ha esparcido singularmente sobre la época postrera de la Roma oriental en que el absolutismo del Estado alcanzó su más alto triunfo.

4. El Estado de la Edad Media

El Estado antiguo es una unidad general que no admite división interior. La idea de la naturaleza unitaria del Estado atraviesa la evolución política de la Antigüedad, así como la de la ciencia de aquella época. Siempre les fue extraña una separación del Estado en gobernantes y gobernados opuestos entre sí, a modo de partidos que luchan y acuerdan la paz.

En este punto radica precisamente una de las oposiciones más importantes entre el Estado antiguo y la evolución del Estado en la Edad Media. Lo que en Grecia y Roma fue originariamente dado, poseído, necesitaron alcanzarlo estos pueblos nuevos mediante una lucha dura y difícil.

La historia de la Edad Media principia con formaciones políticas rudimentarias, que lentamente van ascendiendo hasta llegar a ser lo que hoy denominamos Estado en el pleno sentido de la palabra. Mas en este proceso de formación de los Estados influye poderosamente la antigua idea de la unidad del Estado. La imagen, nunca olvidada, del imperio romano con su organización firme, la centralización y la concentración del po-

[71] La indiferencia de los romanos en cuestiones religiosas y la libertad que concedían a los cultos extranjeros, tanto que convirtió en teocracia el paganismo, es de todos conocida. De igual modo se sabe que las persecuciones contra los judíos y cristianos no eran de carácter religioso, sino político.

der, determina en parte, probablemente, el nacimiento y el desarrollo de los grandes imperios de la Edad Media,[72] los más de los cuales sólo pudieron vivir breve tiempo para desaparecer por completo o para dividirse. Sólo de un modo excepcional han tenido influjo las ideas orientales en la formación de los Estados cristianos, principalmente en la forma dada al reino normando establecido en Sicilia por el emperador Federico II, cuyo Estado tiene el carácter de una mezcla entre el Estado sarraceno y el de la última época romana. Es decir, se trataba de una reunión de hordas sin voluntad, sujetas a impuestos, sometidas en su vida privada a una fiscalización sumamente rigurosa y conducidas por una burocracia despótica.[73] Pero este ensayo para edificar un Estado unitario con un *imperium* vigoroso, irresistible, desaparece inmediatamente sin dejar huellas.

El carácter imperfecto de los Estados del mundo germánico en los comienzos de su vida política se muestra ante todo en que se formó en ellos con muchas dificultades un elemento importante del Estado perfecto: al principio el Estado germano es una asociación de pueblos a la que le falta la relación constante con un territorio fijo;[74] el enlace permanente del territorio con el pueblo sólo muy lentamente se ha llevado a cabo en su historia. El modo como se ha hecho este enlace ha determinado la suerte del Estado moderno. En tanto que el antiguo tuvo como punto central hasta su fin la *polis* y en el imperio mundial de los romanos el territorio sólo fue considerado como algo dependiente de la ciudad, al Estado germano le faltó por completo un punto central, es decir, le faltó todo centro en general; es desde su comienzo un Estado territorial con un centro personal, pero sin un centro real. La residencia del príncipe era algo completamente contingente e independiente de la organización del Estado.[75] Por consiguiente, le falta desde el comienzo una centralización. La dificultad de organización para un pueblo que está extendido en un vasto territorio y carece de todo centro es aún mayor en una época en que las comunicaciones eran rudimentarias y predominaba una economía agrícola. Por consiguiente, el ensayo de los carolingios al constituir los condados no tuvo consecuencias duraderas. Precisamente las grandes dificultades que se oponían a la formación de la unidad de la vida de los pueblos

[72] Sobre la impresión que la vista del imperio romano causó en los germanos que penetraron en el imperio, véase Bryce, *The Holy Roman Empire*, 11ª ed., Londres, 1892, pp. 16 ss. Sea el que fuere el punto de vista que se adopte respecto al influjo de las instituciones romanas en la formación del reino de los francos (véase Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1892, II, pp. 2 ss.), difícilmente podrá negarse que Roma sirvió de tipo para la organización administrativa centralista de los francos. Véase también Lamprecht, *Deutsche Geschichte*, I, 1891, pp. 299 ss.

[73] J. Burckhardt, *op. cit.*, pp. 3 ss.; Winkelmann, *Geschichte Kaiser Friedrichs d. Zweiten*, I, 1863, p. 127.

[74] Schröder, *Rechtsgeschichte*, pp. 15-16.

[75] Brunner, II, 1892, p. 95.

es lo que despierta la tendencia a fortalecer todo lo posible el poder central, naciendo de esta manera de las tribus juntamente con la conversión de las mismas en sedentarias, una realeza que, si bien al comienzo sólo representaba una función subordinada a la asamblea,[76] sirvió más tarde como arranque de todos los reinos de la Edad Media. Sin realeza, sin reunión de las fuerzas débiles de los Estados de entonces en una sola mano, se habrían desmembrado los Estados germanos en cantones políticos impotentes. El mundo germano es, pues, monárquico, y por tanto esto ha determinado la evolución de su Estado hasta los tiempos actuales.

La realeza germánica se desarrolló más tarde de modo que viene a reunir en sí estos dos elementos esenciales: el poder soberano sobre las personas y la propiedad igualmente suprema sobre todos los bienes territoriales. Ambos derechos, al nacer, no tenían un carácter ilimitado: junto al tribunal real existía un tribunal popular[77] y a la propiedad suprema del rey oponíase en muchas ocasiones la propiedad privada intangible para el poder de los reyes. El reino germano nace, pues, como un poder limitado; por consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el *derecho del rey* y el *derecho del pueblo,* dualismo que jamás ha llegado a superar la Edad Media. Este Estado era *dualista,* en tanto que el Estado antiguo fue, y permaneció siempre, esencialmente *monista.*

Este dualismo se muestra primeramente en que el derecho del rey y el del pueblo son considerados, dada la concepción de aquella época, como igualmente originarios. Para el pensamiento político monista de los romanos era muy natural el derivar el poder del *princeps* de una concesión del *populus;* pero esta concepción, como cualquier otra de igual naturaleza, contradice las ideas primitivas jurídicas de los romanos, para quienes el derecho del rey es tan independiente y sustantivo, como el derecho privado del individuo. La teoría románico-canónica de la Edad Media es la que por vez primera, y valiéndose de ideas completamente extrañas a las primitivas germanas, consideró al pueblo como quien otorgaba a la persona del rey su representación y por tanto consideraba el derecho real como derivado del derecho popular.

Este dualismo, fundado ya en la situación primitiva de los Estados germanos, se acentúa aún más con los progresos del feudalismo. Jamás fue el Estado germano depositario de todo el poder público;[78] es verdad que la justicia popular llega a ser limitada por el poder del Estado, cada vez más extendido, pero no a ser aniquilada. Los tribunales de los señores dueños de la tierra descansaban en su derecho propio, y del mismo modo

[76] Véase Schröder, pp. 24-25. W. Schüking, *Der Regierungsautritt,* I, 1899, pp. 13-14.

[77] Véase Brunner, II, pp. 137-138.

[78] Contra las ideas nuevamente sustentadas y muy exageradas relativas al absolutismo de los merovingios, véase Brunner, II, pp. 9 ss.

que la justicia eclesiástica, aun cuando reconocida y limitada por el Estado, no podía ser creada por éste. Mediante la feudalización de las funciones del rey y la posterior formación de las inmunidades, nacen dentro del Estado nuevos poderes públicos que cada vez devienen más independientes. Donde quiera que domina la Constitución municipal romana, acentúase la sustantividad política de las ciudades, las cuales llegan en ocasiones, como en Italia, a alcanzar una absoluta independencia. Posteriormente, y dotadas de privilegios reales, fúndanse en Alemania y Francia ciudades que llegan a conseguir, al menos parte de ellas, el carácter de corporaciones soberanas. Por esto, la división dual de la naturaleza del Estado significa a su vez una atomización del poder público, y toda la historia de los Estados de la Edad Media es al mismo tiempo una historia del ensayo para llegar a vencer este desmembramiento o, al menos, para aminorar sus consecuencias. La forma en que este ensayo se lleva a cabo es la de estados o brazos del Estado. Teniendo en cuenta las antiguas instituciones germanas, según las cuales los asuntos importantes, y que tocan a todo el pueblo, no deben resolverse sin contar con el acuerdo del pueblo mismo, reúne el Estado en una unidad los distintos poderes políticos que le estaban sometidos y que aparecían como los opuestos al rey o al príncipe. La asamblea de los estados o brazos es la expresión típica de la forma dualista del Estado germano. Allí donde la fuerza de la continuidad histórica había dejado viva la idea romana, como acontece en Italia y en el imperio de Bizancio, jamás llegó a existir esta institución de estados o brazos.

Son muy varias las razones históricas por las cuales en cada Estado particular han llegado a reunirse el poder feudal y el municipal para llegar a constituir asambleas generales y particulares. Unas veces se ha debido a cuestiones de política exterior, como sucedió en la lucha de Felipe el Hermoso con la Iglesia; otras veces lo originó la necesidad de preparar una expedición guerrera; en fin, disputas por el trono, el querer permanecer en paz, los presupuestos de gastos de los príncipes, la confirmación y ampliación de las libertades y derechos de los vasallos y de las comunidades frente a los príncipes, han sido a menudo los motivos originarios de la organización de los Estados en forma corporativa. Los brazos se oponen en general a los reyes y señores como corporaciones independientes. Existe una teoría que descansa en una tradición muy antigua, pero muy fuera de la vida real, según la cual, estos brazos y el príncipe son miembros de un mismo Estado, pero esta doctrina no encaja en las convicciones políticas de aquellos tiempos; más bien la que tiene cabida en las ideas de aquella época es que *rex* y *regnum* son como dos sujetos políticos claramente separados entre sí, ninguno de los cuales tiene superioridad sobre el otro. A nuestros ojos, cuando esta doctrina se lleva a su más extrema consecuencia, el Estado se nos aparece como un doble

Estado en que el príncipe y las Cortes tienen cada uno sus funcionarios particulares, tribunales, cajas y hasta ejército y embajadores.[79] Innumerables veces los partidarios de la soberanía de los brazos han apoyado en la autoridad de Aristóteles esta afirmación: *rex singulis major, universis minor;* pero en el lenguaje de la época ésta sólo quiere decir que no existía la idea que expresase un lazo común comprensivo tanto del *rex* como del *regnum.* Así la oposición como la reunión de emperador y reino en Alemania ha probado que no es posible pensar en ambos como en una unidad.

El Estado de la Edad Media se encontraba limitado por los fundamentos mismos de su evolución política, y además por otra razón desconocida del Estado antiguo. Desde la caída del Imperio romano de Occidente muéstrase la unidad de la Iglesia como en oposición a la variedad de los nuevos Estados en formación. La relación entre Estado e Iglesia en el curso de los tiempos, cualquiera que haya sido su forma, siempre ha tenido el carácter de una exigencia formulada por la Iglesia para que el Estado la obedezca. Siempre se ha creído dotada de poder bastante para influir en él, poder con que debía contar éste, tanto más, cuanto que el poder de la Iglesia, en todos los momentos de su vida, pidió la subordinación del Estado a su autoridad. Si, pues, la Iglesia afirmó su superioridad sobre el Estado, como pasó en las luchas contra el imperio en los siglos XI a XIII, o si contra su voluntad fue constreñida a ponerse al servicio del Estado, como aconteció en Francia en el siglo XIV, a la postre, siempre y en toda circunstancia, ella representaba la existencia de un amplio dominio de la vida humana en común que escapaba a la soberanía y al influjo del Estado.

Los ensayos que posteriormente han seguido haciéndose para superar el dualismo de Estado e Iglesia no han llegado a suprimir la distinción clara entre ambos poderes, y por consiguiente, a borrar la concepción dominante de que el Estado tiene sus límites allí donde comienza la doctrina y disciplina de la Iglesia. Cualesquiera que puedan ser las relaciones del Estado con los intereses religiosos de los pueblos, siempre se encuentra el Estado encerrado en límites infranqueables, incluso cuando se trate de una religión obligatoria del Estado; porque es verdad que él puede imponer coactivamente una religión, pero no puede modificar a su antojo la religión misma. Cuanto más independiente sea la organización eclesiástica de la del Estado, y lo es mucho en las Iglesias de Occidente, tanto mayor y más manifiesta será la función que el Estado conceda, obligado por la historia, a un poder independiente y opuesto a él.

Esta limitación y división del Estado de la Edad Media se acentúa porque en los más de los casos la mayor parte del pueblo permanece extraño

[79] Por lo que a Alemania se refiere, véase Gierke, *Genossenschaftsrecht,* I, pp. 355-356; Rachfahl, *Die Organisation der Gesantstaatsverwaltung Schlesiens,* 1894, pp. 150-151, y además la descripción admirable de Von Below, *Territorium und Staat,* 1900, pp. 248-249.

a la vida del Estado. Mas esto no sólo puede decirse de los territorios alemanes en los que aún no ha llegado a adquirir vida la idea del Estado y sólo existen restos ruinosos de la subordinación del individuo al imperio, sino incluso allí donde los brazos se sienten nación política, lo cual implica precisamente la exclusión de la mayor parte de los gobernados, de la vida pública. También conducen a esto las innumerables gradaciones en las relaciones de los que carecen de libertad, cuyas relaciones son causa de que, con raras excepciones, los que participan activamente en la vida del Estado constituyan un círculo mucho más limitado que en el Estado antiguo, a pesar de la existencia en éstos de esclavos y clientes.

Los primeros ensayos llevados a cabo tenazmente con el propósito de alcanzar la unidad del Estado proceden de la última época medieval y se deben a las ciudades organizadas en forma de estados o brazos. De nuevo renace, si bien en forma muy distinta de la primitiva, la idea de la *polis*. En Italia, como hemos dicho, no ha llegado a echar raíces jamás el dualismo medieval; han conservado las ciudades republicanas de la Edad Media un carácter monista en medio de un mundo de Estados construidos con forma dualista. La tiranía que vive en las ciudades italianas de los siglos XIV y XV ofrece la imagen de una comunidad unitaria gobernada por una voluntad poderosa y desprovista de todo miramiento.[80] Con el Renacimiento, Italia ve nacer en su suelo, ya preparado por la historia, la moderna concepción del Estado. Éste, tal como lo concibe Maquiavelo, conserva, sin duda alguna, muchos rasgos del Estado antiguo, pero es en realidad el Estado moderno, que quiere considerarse a sí mismo como el poder supremo que gravita sobre todos sus miembros.

La Iglesia ofreció a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admite dentro de sí división ni oposición alguna, mostrando con ello de un modo indubitable el valor que tiene una organización autoritaria y monista. Es verdad que la Iglesia también ha tenido una época en que la oposición del papa y el concilio parecía repetir la oposición entre el rey y el reino; mas desde el comienzo no pudo caber duda, dada la tradición que dominaba la Iglesia, de a cuál de estos órganos había de corresponder la victoria. Una organización dualista de la Iglesia no podía conciliarse con la idea de ésta.

5. El Estado moderno

El Estado moderno ha nacido como unidad de asociación organizada conforme a una Constitución, gracias a haber dominado el doble dualis-

80 Véase la brillante descripción que hace de los tiranos J. Burckhardt, *op. cit.*, cap. I.

mo que forman rey y pueblo y el poder espiritual y temporal. En cada Estado particular, como no podía ser menos, ha tenido lugar este fenómeno de una manera peculiar, si bien bajo el influjo, en parte, de relaciones políticas universales. La exposición detallada de esta cuestión rebasaría los límites que ha de tener esta obra; más bien ha de darse como supuesto el conocimiento de la suerte que ha cabido a los Estados modernos, pues nuestro problema no es hacer un manual de historia moderna.

Por distintos que puedan ser los motivos y los medios de que se ha valido cada Estado particular para dominar este doble dualismo en la lucha por dar una nueva forma a las relaciones políticas, se ha conseguido un primer resultado de importancia suma, y es: la instauración de la unidad del Estado dominando la contienda entre sus partes.

La polémica entre el Estado y la Iglesia se decide en beneficio del Estado, por obra de la Reforma, no sólo en los países protestantes. Los intereses de la disminuida Iglesia católica y la posibilidad de recobrar alguna vez los miembros que se habían separado de ella, pensamiento que jamás ha abandonado la Iglesia, son objetivos que de tal suerte dependen de que las potencias católicas le brinden su apoyo que, no obstante la oposición y el conflicto entre Estado e Iglesia en los países católicos, no vuelve jamás a alcanzar ésta la fuerza de que disfrutó en la Edad Media.

El fin más importante, por consiguiente, del siglo primero de la historia moderna, ha consistido en superar el dualismo resultante de la distinción de príncipe y estados del reino. Tan pronto como la totalidad de las modificaciones engendradas en las relaciones económicas y militares permitió y exigió una concentración del poder del príncipe, el esfuerzo principal había de consistir en hacer recaer sobre aquél el centro de gravedad del Estado. Por esto la historia interna de los Estados modernos tiene como contenido las luchas sostenidas para fijar el poder del príncipe frente al de los estados o brazos, lucha en que deviene realidad toda una serie de posibilidades. El *Corpus* de los brazos se convierte en un órgano activo del Estado unificado, por ejemplo en Inglaterra y en el reino alemán, en Polonia, y a veces en Suecia; estos brazos o estados mediatizan la realeza e introducen por consiguiente una autoridad aristocrática con una apariencia de monarca en la cima, o bien logra la realeza doblegar a los estados, convertidos en meras sombras, o aniquilarlos por entero, como acontece en Francia, en Dinamarca, en España, y después de la guerra de los Treinta Años, en la mayor parte de los territorios alemanes, o se reconoce, finalmente, por los estados la autoridad suprema de la corona, como sucede en Hungría a partir de 1687.

La solución que mayor significación ha tenido ha sido la absolutista, porque la monarquía absoluta es la primera que ha realizado en Occidente, después de la época romana, la idea de la unidad del Estado. Ha

formado una unidad interior de territorios que estaban originariamente separados unos de otros; ha creado un ejército, no sujeto a las contingencias de la fidelidad del vasallo; ha instituido una empleomanía del Estado; ha colocado bajo su amparo la administración de justicia en todos los territorios que abarcaba el Estado, o al menos, ha sometido a su poder la administración de justicia feudal, y por último, la administración establecida por las representaciones de la nación, ha convertido a éstas, de coordinadas con la del Estado, como antes eran, en subordinadas a él. Mediante el derrumbamiento de los poderes feudales ha llevado a cabo la monarquía absoluta, sin darse cuenta, el gran proceso de nivelación, por cuyo medio, una sociedad sumamente estructurada y dividida, ha llegado a ser una sociedad en que fundamentalmente todos los ciudadanos, en principio, gozan de igual capacidad jurídica. En España y Francia, así como en Brandeburgo —Prusia— y en la monarquía de Habsburgo, la idea del Estado uno, indivisible, fue realizada por los monarcas absolutos. Aun en la propia Rusia, que en tantas cuestiones aparece tan rezagada con respecto al Occidente, llévase a cabo la unidad de su Estado gracias al absolutismo de los Romanov. Allí donde no ha existido un poder absoluto que tendiese a la concentración, tampoco se ha alcanzado la unidad del Estado, sino que se ha dividido éste como en Alemania y Polonia, o en vez de la asociación Estado, ha nacido sólo una confederación, como ha ocurrido en Suiza y en los Países Bajos.

La formación de los Estados modernos recibe su forma postrera y acabada mediante las transformaciones que se llevan a cabo dentro de los mismos a consecuencia de los movimientos revolucionarios, por la separación y formación de nuevos Estados con una pluralidad de pueblos que antes formaban una unidad, y la inversa, pueblos separados entre los que existía afinidad y que logran constituir una unidad política de Estado. La revolución inglesa del siglo XVII, la francesa y la americana del XVIII, el hundimiento del antiguo reino alemán al comienzo del siglo XIX, el movimiento del año 1848, la formación de la unidad italiana y alemana para no nombrar sino aquellos hechos fundamentales que han transformado las bases internas de los Estados, todos ellos han tenido como resultado, aparte de otros mil, el de hacer más clara e inequívoca la unidad del Estado en todas las instituciones y hacer igualmente más patente su carácter corporativo. Esto último sólo ha sido posible por haberse alcanzado aquella unidad. Gracias a ella, puede adoptar el Estado la forma de una comunidad organizada, cuyas funciones se llevan a cabo mediante una variedad de órganos dispuestos conforme a la constitución, y es posible, asimismo, establecer una limitación jurídica rigurosa entre la comunidad y sus miembros. La unidad, su organización conforme a la constitución y la autolimitación del Estado frente al individuo, son los

caracteres esenciales de lo que denominamos el Estado moderno, y lo que lo separa de todas las formas que el Estado ha revestido en el pasado.

La idea de la unidad, por consiguiente, es la conclusión de una gran evolución histórica. El Estado moderno tiene como punto final lo que para el antiguo era el punto de partida. Como el segundo, atribúyese también él, y aún en una mayor medida, el derecho y el poder para dominar de un modo efectivo todos los aspectos de la vida de la comunidad. Es verdad que pone limitaciones de gran importancia a su acción; pero sólo lo son las que él mismo se ha puesto en vista del conocimiento que tiene de su problema. Por el contrario, no reconoce a ninguno de sus miembros un derecho extraestatista que pueda ofrecerle una limitación absoluta; si existiese, equivaldría esto a una reaparición de aquel dualismo que fue vencido después de una lucha de siglos.

También las teorías políticas de la época moderna contienen en una medida mayor o menor la tendencia a concebir el Estado como una unidad. En otro lugar habrá de exponerse la significación que el concepto de la soberanía ha tenido en el proceso de esta idea; aquí sólo habremos de decir que el primer sistema completo de derecho natural, a saber, la doctrina absolutista de Hobbes, considera al Estado como una personalidad unitaria que no podía ser limitada por ninguna otra voluntad. Si bien el derecho natural deriva el Estado de los individuos, concede al Estado, una vez creado, un poder superior al de todos los demás. En este punto concuerdan todos los partidarios del derecho natural, ya reconozcan, como Locke, límites naturales al poder del Estado, ya encuentren que estos límites, como pasa con Rousseau, sólo dependen de la voluntad común y soberana. También el dualismo de Estado e Iglesia quiere ser superado por esta doctrina en cuanto concede al Estado el poder supremo, incluso cuando se trata de las cosas eclesiásticas. La exigencia del derecho natural para que se instituya una Iglesia del Estado —que es la doctrina que se oculta en la teoría de la religión civil de Rousseau— es la consecuencia última de la tendencia a construir la unidad del Estado. La teoría jurídica moderna de éste ha perfeccionado la siguiente idea: atribuye al Estado el derecho formal de determinar según su propio criterio los límites de su actuación. De modo que, en principio, nada de cuanto se refiere a la vida humana en común puede ser extraño a su poder regulador.

El Estado de la Edad Moderna, Estado uno, Estado que reúne en sí todos los poderes públicos y todos los derechos, no es sino el resultado de una evolución lenta y de un proceso continuo que ha tendido a superar las divisiones profundas. Mas sería una gran falta tratar de concluir de aquí que el Estado moderno se ha identificado completamente con el Estado antiguo y que no existe ya entre ambos oposición alguna de principios. Por el contrario, toda la evolución histórica del Estado moderno lleva consi-

go una característica que lo diferencia esencialmente de todas las formas anteriores del Estado. Es verdad que el dualismo ha desaparecido, pero ha dejado huellas imperecederas en los Estados actuales que sólo puede hacérnosla comprensible el conocimiento de la historia de dichos Estados.

Muéstrase esto, ante todo, en la fijación de la situación que corresponde al individuo frente al Estado. Aquél está hoy sometido a restricciones mucho más amplias de lo que lo estaba en la época de esplendor del Estado antiguo. En la Antigüedad faltó la conciencia clara de una exigencia jurídico-positiva para que se le reconociese al individuo frente al Estado una esfera de libertad.[81] En el de la época moderna, por el contrario, incluso cuando ha reinado un absolutismo sin límites, jamás ha dejado de existir la convicción de que el individuo era un ser de derechos frente al Estado y que, por tanto, habría de ser reconocido moral y jurídicamente por éste. Tal convicción es el fruto de la doble oposición que el Estado moderno había de superar y que jamás desapareció por completo de la conciencia de los hombres. Encontramos aún hoy la oposición entre rey y pueblo en la doctrina que afirma que el poder del Estado tiene límites respecto del pueblo, no obstante la soberanía jurídica de aquél. Las libertades y privilegios del individuo, de las corporaciones y de los estados o brazos en la Edad Media están enlazados históricamente de un modo visible con las modernas libertades que la Constitución ampara. Igualmente, la lucha secular entre el Estado y la Iglesia ha traído como resultado la convicción general, y dominante hoy en todos los Estados cultos, de que el poder del Estado, cuando se trata de las creencias religiosas de sus miembros, encuentra su límite irrebasable en estas mismas creencias. La teoría jurídica de un Estado sin restricción alguna sirvió como el arma que enérgicamente se esgrimió para contener las pretensiones de la Iglesia, las cuales consistían en reclamar un campo de actividad independiente, exterior y opuesto a aquél; pero mediante esta lucha hubo de convencerse el Estado de que los límites reales del *imperium* radican en la intimidad religiosa de los individuos. Esta convicción engendrada por las oposiciones que creó la Reforma ha desempeñado un gran papel en la determinación de las modernas relaciones entre el Estado y el individuo.

De no haber existido este doble dualismo del Estado de la Edad Media, difícilmente se hubiese llegado a reconocer de una manera expresa al individuo como un poder social que tiene derechos por sí mismo, sin correr el riesgo de que el Estado lo hubiese absorbido por completo. Este reconocimiento de función jurídica del individuo no ha existido en ninguna

[81] El hecho de que existieran algunos rasgos que fuesen indicio de la concepción moderna no es bastante para quitar su valor a esta afirmación.

otra época ni en ningún otro momento en la vida de la cultura cualquiera que haya sido la concepción del Estado. Cuando el Estado romano se convirtió en Estado plenamente absolutista y rigurosamente teocrático, no se levantó por parte alguna la más leve contradicción, porque esto habría sido a su vez imposible dados los fundamentos históricos de su pasado. La esfera enteramente libre del Estado de que disfrutaba el hombre antiguo tenía precisamente un carácter precario; pero dada su propia concepción del mundo y del Estado, no se encontraba en condiciones de defenderla y transformarla en un derecho propio. Aquellos Estados, posteriormente formados, que han desconocido totalmente el dualismo de príncipe y pueblo y sólo en un grado limitado conocen la oposición de Estado e Iglesia, como ocurre en el antiguo imperio bizantino y en el actual Estado ruso, no han reconocido de un modo expreso los límites entre el Estado y el individuo. El Estado antiguo sólo conocía la forma democrática como la única en que se pudiera realizar la idea de libertad, y lo creía con justicia, porque en la formación monista del Estado la participación de todos en la soberanía es la única manera posible de alcanzar la libertad; quien domina, quien ejerce el poder, no puede ser al propio tiempo el sometido a un déspota. En estos Estados, la monarquía, por el contrario, había de conducirles, dada la falta de un contrapeso moral, al sometimiento ilimitado de los individuos a la voluntad del soberano, por más que esta idea no se haya realizado jamás plenamente.

Desde este punto de vista, es del mayor interés considerar la construcción de los Estados según la escuela del derecho natural. Esta doctrina trata de comprender la unidad del Estado y de aunar a su vez con esta idea la de la libertad individual, poniendo límites al Estado uno, límites que nacen de su fin o de su derivación de las voluntades individuales. En el fondo de esta doctrina existe el dualismo que había sido el pensamiento director de la evolución pasada; buena prueba de ello es que las teorías políticas, incluso aquellas que están formuladas de la manera más abstracta, hunden sus raíces en el terreno de las relaciones históricas dadas. Y su intento de llegar a dominar y sobrepasar el dualismo consiste esencialmente en considerar el derecho del individuo como previo al Estado y el del soberano como nacido con él mismo. En otro lugar habremos de mostrar que este ensayo no aporta solución alguna.

Pero es sumamente rico en consecuencias el continuar mostrando la oposición que existe, en este punto, entre las doctrinas antigua y moderna del Estado. La primera, cuando se trata de la creación de éste, no omite el tomar en consideración la peculiaridad del individuo, sino que parte de sus tendencias, impulsos y pasiones; pero nunca habla de un derecho originario del individuo que hubiese de manifestarse y ejercerse en la creación del Estado. Tampoco los antiguos hicieron de su teoría del contrato

del Estado una construcción jurídica del mismo en la que hubiera de ser presupuesto y protegido un derecho innato de los individuos. El contrato social de los epicúreos tiene más bien un carácter utilitario; el Estado se funda para utilidad de los individuos en razón del impulso de éstos hacia la utilidad. El mismo contrato, como anteriormente hemos visto, se considera como un puro hecho, sin que llegue a ser calificado jurídicamente, pues según esta doctrina todo derecho lo es en virtud de ser preceptuado, y por consiguiente ya nace dentro del Estado. Tampoco los romanos utilizan jamás su doctrina del *jus naturale* para derivar de ella el origen del Estado. Falta por completo a la doctrina antigua, precisamente, el reconocimiento de que corresponde al individuo un lugar propio y originario jurídicamente frente al del Estado. Ante las antiguas teorías, aparece éste omnipotente, porque falta todo motivo para una limitación jurídica y porque no existía en el mismo, tan unitariamente edificado, ninguna restricción constitucional posible para el único órgano primario e inmediato sobre el que descansaba el Estado.

En el contemporáneo los efectos de este dualismo se reflejan en la formulación abstracta de los derechos de libertad, los cuales pretenden expresar de un modo legal la idea del sometimiento limitado del individuo, como persona con derechos propios, al Estado. Además, se muestra este dualismo —como después habrá de explicarse con más detalle— en la elaboración de las constituciones, que deben contener los fundamentos de la organización general del Estado. El mundo antiguo y las naciones civilizadas de Oriente que no han sufrido el influjo europeo no han tenido jamás idea de una constitución escrita. Es que ésta descansa precisamente en un pensamiento que sólo pudo haber nacido en el Estado dualista y representa la garantía de los derechos que ambas partes se ofrecen; es decir, es como un contrato de paz conseguido después de larga lucha. Estos supuestos históricos de las constituciones escritas no están ya vivos en la conciencia actual; pero continúan siempre influyendo, bien cuando se exige una constitución, bien cuando se trata de redactar un proyecto, pues entonces se recurre a la idea de que los derechos y deberes de los gobiernos y el campo de su acción respecto del otro elemento del Estado, el pueblo, debe ser precisado con claridad. Es digno de observarse que el Estado que primero y más fundamentalmente hubo de vencer el dualismo entre *rex* y *regnum*, Inglaterra, no posee —y en esto es igual a los Estados de la Antigüedad— ninguna constitución en el sentido moderno de la palabra, y sin embargo, en este Estado se ha conservado vivo hasta hoy el recuerdo de la obra de pacificación llevada a cabo por el rey y el parlamento mediante la admirable continuidad histórica de la evolución que comienza con el pacto de la Carta Magna, acordado entre los barones y el rey y llega hasta la actual constitución del parlamento.

Pero el dualismo influye singularmente en la forma de los Estados constitucionales. Se ha querido ver en la carencia del principio de representación, por parte de los antiguos, la distinción principal entre el Estado antiguo y el moderno. Mas esta falta es en aquél un momento secundario; tiene mucho mayor significación el que en el Estado moderno existan dos órganos inmediatos e independientes uno de otro, especialmente en las monarquías constitucionales, pero también muy claramente visible en las grandes democracias representativas. Este dualismo de los órganos inmediatos hace muy difícil de comprender para la teoría jurídica el Estado moderno y lleva en su seno la posibilidad de conflictos cuya solución tiene que descansar, finalmente, en la relación de las fuerzas circunstanciales que posea cada uno de estos órganos. En el Estado unitario contemporáneo pervive la antigua oposición de *rex* y *regnum* bajo la forma de una acción paralela, conjunta u opuesta, del jefe del Estado con su gobierno y el parlamento.

XI. EL ESTADO Y EL DERECHO

1. El problema del derecho

Para determinar las relaciones entre Estado y derecho, tenemos necesidad de un concepto claro de éste, concepto que es difícil de abarcar en la totalidad de sus aspectos, pudiendo seguirse para conseguirlo uno de estos dos caminos: o buscar la esencia del derecho, investigando dentro de la naturaleza objetiva del ser como si estuviera fundado en él y fuese independiente del hombre, o considerarlo como un fenómeno subjetivo y, por consiguiente, interno del hombre. La primera dirección es la de la especulación metafísica, y pretende conocer la existencia del derecho independientemente de la voluntad humana. De este derecho es del que afirmaba Grocio que habría de continuar teniendo valor, aunque Dios no existiese: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari non potest, non esse Deum.* Pero nuestro problema no es conocer el valor trascendente de las instituciones humanas; por lo cual, conforme al método hasta ahora empleado, consideraremos al derecho como un fenómeno psicológico, es decir, interno del hombre. Por consiguiente, el derecho forma parte del mundo de las representaciones humanas, vive en nuestra mente y una determinación del derecho equivaldrá, por tanto, a precisar qué parte del contenido de nuestra conciencia es la que designamos con el nombre de derecho.

No hay disputa alguna sobre que el derecho consiste en un conjunto de reglas para las acciones humanas; mas este carácter lo poseen igualmente las prescripciones religiosas, las morales, las de la costumbre. Y si así es, ¿dónde radica, por consiguiente, la nota específica, diferencial, de las reglas y prescripciones jurídicas?

Puesto que todas las acciones tienen un fin determinado, habrá de buscarse en el fin concreto del derecho la nota diferencial entre éste y todos los demás poderes normativos. Respecto de este fin, fácilmente se puede venir a un acuerdo; porque es incuestionable que la protección y la conservación (y aun dentro de límites estrechos, el auxilio) de los bienes e intereses humanos mediante acciones u omisiones, son fines que corresponden al derecho. Incluso quien atribuya al derecho más amplios fines, necesita reconocer éstos que hemos señalado como los más inmediatos. El fin de conservación es también, hasta cierto punto, un fin propio de todos los demás grandes poderes sociales que influyen en la voluntad,

de suerte que no es posible, concretándose a éste, encontrar la nota diferencial que buscamos. Sólo podemos hallar un criterio acertado para esta distinción analizando las normas. A la jurídica corresponden los siguientes caracteres esenciales:

1. Son normas que se refieren a las relaciones externas y mutuas de los hombres.

2. Son normas que proceden de una autoridad exterior reconocida.

3. Son normas cuyo carácter obligatorio está garantido por poderes exteriores.

Éstos son los caracteres que distinguen las normas jurídicas de las religiosas, morales y relativas a la costumbre, a todas las cuales les falta alguno de los caracteres que hemos fijado como esenciales a las normas jurídicas.

Es nota necesaria a todo derecho la de su *obligatoriedad.* Sólo forma parte del orden jurídico un principio de derecho si es obligatorio; pero si ha dejado de serlo o no ha llegado aún a ser derecho, entonces no es tal en el verdadero sentido de la palabra. Una norma es obligatoria, pues, cuando dispone de capacidad bastante para motivar las acciones de la voluntad, determinándola. Esta capacidad de la norma nace de nuestra convicción, derivada directamente de ella, de que estamos obligados a obedecerla.[1]

La positividad del derecho descansa, pues, en última instancia, en la *convicción* de su obligatoriedad; sobre este elemento puramente subjetivo, se edifica todo el orden jurídico. Ésta es la consecuencia necesaria del reconocimiento de que el derecho es interior a nosotros, de que es una función de la comunidad humana y necesita, por tanto, descansar en elementos puramente psicológicos.[2]

[1] Es indudable que la obligatoriedad de los principios jurídicos particulares no puede entregarse de ninguna manera al arbitrio subjetivo, pues el hecho fundamental psicológico de sentirse obligado mediante una norma, no depende, en modo alguno, del capricho individual, sino que más bien la norma sale al encuentro de aquel que se opone a sus exigencias y lo somete a la obligación. Se ha hecho notar a menudo que el asesino o el ladrón no contradicen la obligatoriedad de la norma infringida por ellos, por lo cual no les parece jamás la pena injusta, aun cuando tampoco la consideren deseable. La convicción de la obligatoriedad de la norma incide aun en las prescripciones legislativas menos importantes, pues siempre existe la creencia en el poder legislativo del legislador.

[2] Esta convicción es la del promedio de un pueblo. Al fijar la psicología de las masas, deja de tenerse en cuenta necesariamente los actos realizados por una minoría de tendencia opuesta. Por eso pueden existir conflictos para el individuo, que no pueden resolverse valiéndose de los conceptos jurídicos usuales. Esto se pone de manifiesto singularmente en los conflictos entre normas estatistas y normas religiosas. A las víctimas de la Inquisición española les ha de ser muy difícil reconocer que las normas en virtud de las cuales fueron juzgadas, eran normas de derecho. Sería injusto, pensaban los opresores, conceder libertad a una fe que está desviada de la Iglesia dominante; pero las víctimas no podían considerar la pena sino como un acto brutal y no como un derecho. De aquí se sigue una posibilidad de importancia suma para una consideración social del Estado y del derecho, a

Es preciso también para la obligatoriedad del derecho, que esté garantida su actuación psicológica. Considérase que está garantido un derecho, cuando la fuerza motivadora de sus prescripciones se ve ayudada por los poderes psicológicos sociales que justifican el que aquellas normas se afirmen a sí mismas como fundamento de las acciones, incluso en contra de todo motivo individual que las contradiga. La jurisprudencia del derecho civil, siguiendo las huellas, hasta hoy, del derecho natural, considera por lo común la coacción como la garantía única del derecho, y por consiguiente como su nota esencial.[3] En el concepto de la coacción predomina la nota compulsiva, es decir, significa que el derecho alcanza su fin mediante la motivación. Pero no es posible llegar a comprender por qué ha de ser considerada como la única garantía del derecho la motivación que resulta del temor a ciertas medidas jurídicas, de la amenaza o de otros medios análogos. Faltaba en la época del derecho natural una investigación profunda relativa a los diferentes poderes sociales que influyen sobre el derecho, por lo cual no se había reconocido que éste carecería de toda fuerza si sólo dispusiese de los poderes del Estado como medios de garantía. Hubiese bastado en aquella época una ojeada al derecho canónico para comprender cómo el orden del derecho puede ser garantido con medios distintos de los que comúnmente se designan con el nombre de coacción jurídica. Es verdad que el derecho natural conocía también la coacción interna, pero la oponía a la coacción jurídica, a la que llamaba coacción exterior, y lo que sólo quedaba garantido por esta coacción interna de conciencia, no lo consideraba como derecho.

Esta teoría, considerada incluso en sus aspectos más modernos, desconoce que existen fuera del Estado otros poderes sociales que ofrecen garantías esenciales para la satisfacción de las normas jurídicas. La presión inorgánica que ejercen sobre el individuo y la comunidad las costumbres sociales generales, las reglas particulares de urbanidad de determinadas clases de la sociedad y de ciertas profesiones, las asociaciones eclesiásticas, la prensa y la literatura, son una coacción mucho más

saber: una oposición en las concepciones relativas a la cualidad jurídica de determinadas partes del orden del Estado, que puede ejercer un influjo poderoso en el proceso de la vida del orden jurídico. El jurista no puede contar con esta oposición si se limita a un círculo estrecho de personas y de casos aislados; pero si alcanza una cierta amplitud y fortaleza, entonces habrá de plantear la cuestión de si un derecho consuetudinario derogatorio, no ha rechazado también formalmente a la norma contra la cual combate.

[3] Afírmase a menudo en la literatura moderna que *praeceptum* y *sanctio legis* son consecuencia lógica uno de otro, y, por tanto, que es injusta la identificación establecida por el derecho natural entre norma jurídica y norma coactiva. La doctrina que considera la coacción como lo esencial al concepto del derecho ha quedado hoy ya tan reducida que necesita tomar una actitud defensiva. Véase Bierling, *Kritik*, I, pp. 139 ss.; Thon, *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pp. 223 ss.; Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed., 1890, I, pp. 484 ss.; Merkel, *Jur. Enzyklopädie*, pp. 34 ss.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 103-104.

fuerte que toda la que pueda ejercer el Estado de una manera consciente.[4] Es cierto que estas solas garantías que no proceden de aquél, no podrían mantener el orden jurídico sin la coacción del Estado; pero no es menos cierto, de otra parte, que si la presión de tales poderes sociales cesase, dejaría de existir el orden jurídico, pues la coacción jurídica sólo es un elemento indispensable que sirve para fortalecer las garantías que prestan los elementos exteriores al Estado. Y la experiencia ha enseñado que allí donde existe una costumbre con raíces hondas en la vida social, o una práctica religiosa, en oposición con el orden jurídico, resulta impotente la coacción del derecho. De aquí que éste haya de afirmar también su existencia exteriormente. El derecho consuetudinario derogatorio y las leyes en desuso prueban, harto claramente, que la coacción jurídica es incapaz de garantir por sí sola el derecho.

Se ha indicado muy a menudo, singularmente por los publicistas, que hay partes enteras del orden jurídico que carecen de coacción o que por su naturaleza son incapaces de estar sometidas a ella. Las *leges imperfectae* del derecho privado, gran parte del derecho constitucional y el derecho internacional por completo, se encuentran en estas circunstancias. Los juristas y filósofos del derecho, que están habituados exclusivamente a servirse de las antiguas y tradicionales pautas, han considerado que la última disciplina nombrada, carece de carácter jurídico. Esta parte del orden del derecho sólo podrá mantener su exigencia de tener científicamente un valor de derecho, si es capaz de probar su obligatoriedad real. Mas esta nota supone garantías. Las *leges imperfectae* sólo valen también, si se aplican en algunos casos y aseguran su ejecución. Pero las garantías que poseen gran parte del derecho público e internacional, excluidas por su propia naturaleza de toda coacción del derecho, son frecuentemente mucho más fuertes que todas las medidas jurídicas coactivas que pudieran imaginarse. Las garantías del derecho público radican, ante todo, en la organización del Estado y de las asociaciones jurídicas de carácter público, y para las partes más importantes del derecho internacional se encuentran estas garantías en las relaciones internacionales y en otros intereses generales de la comunidad de los Estados civilizados. Por esto se cumplen tan frecuentemente por los Estados particulares los pactos administrativos con más cuidado aun que las leyes propias.

No es, pues, la coacción una nota esencial al concepto del derecho, sino la garantía, de la cual la coacción no es sino una forma subordinada. Las normas jurídicas no son tanto normas coactivas cuanto normas de garantía.

[4] Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 43, nota, discute mis observaciones acerca de las garantías del derecho, con tal ligereza que, en la crítica de ella, resulta que opone a mis opiniones mi propio criterio.

Partiendo de estos fundamentos para fijar la relación entre Estado y derecho, hemos de solucionar primeramente dos problemas. Se refiere uno a la esencia del derecho público, al orden jurídico del Estado mismo, y toca el otro la relación entre el Estado y el derecho que tiene validez dentro de sus límites. Para comprender plenamente estos problemas será preciso una breve explicación sobre la situación que ocupa el Estado con respecto al derecho internacional.

2. Cuestiones particulares

a) El problema del derecho público

He aquí cómo se plantea: ¿es capaz el Estado mismo de un orden jurídico? ¿Hay un derecho para el Estado? Si lo hay, ¿en qué se funda?

La voluntad del Estado es una voluntad humana; se trata pues, de determinar la existencia de normas obligatorias para la voluntad humana que el Estado representa. La existencia de estas normas se muestra si son reconocidas y si se afirma su carácter obligatorio tanto por los gobernantes como por los gobernados.

Para responder a estas cuestiones de tanta trascendencia, necesitamos descubrir las fuentes psicológicas últimas del derecho:

1. El origen de la creencia de que existen relaciones normales procede de una determinada actitud del hombre, psicológicamente condicionada, ante los hechos. El hombre ve lo que constantemente lo rodea, lo que sin cesar percibe y sin interrupción ejecuta, no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio, a la que intenta hacer que se conformen y se adecuen los hechos heterogéneos y discordantes. Es preciso no pensar inmediatamente en lo ético y en lo jurídico al tratar de esto, porque más bien puede encontrarse su expresión en las mil clases de normas que sirven de base a la vida cotidiana, en los juicios de valoración que dominan las relaciones sociales y las costumbres. A la mayor parte de los hombres les parece la condimentación casera de los alimentos la más sabrosa, bello el tipo de su raza, loables los prejuicios del círculo social a que pertenece y justa la manera de vivir de su propia clase social.

La tendencia a convertir lo real en normal puede estudiarse en su perfecta pureza en el niño. Éste exige que se le vuelva a referir exactamente, con los mismos giros con que antes lo escuchara, lo que una vez le fue contado y considera una falta cualquier modificación que se introduzca. La posesión real de un juguete la juzga como un acto jurídico. De aquí que todo obstáculo que se oponga a la posesión lo concibe como un atentado. Mediante el paralelismo de ontogénesis y filogénesis se justifica la

conclusión de que históricamente las primeras representaciones o concepciones de lo normativo se han desarrollado de un modo análogo, partiendo inmediatamente de lo real.

Qué fuerza normativa posee la moda, las costumbres sociales, las prescripciones relativas a la urbanidad, etc., no necesitamos detallarla. Una vez introducida una moda, plantea inmediatamente la exigencia de que se le reconozca como normativa. Juzgamos a menudo la propia moralidad, no por principios, sino según lo que realmente se considera por tal en un pueblo determinado o en un determinado núcleo social, como sabe por propia experiencia todo aquel que ha observado un poco y ha considerado las grandes diferencias locales, sociales y nacionales acerca de esto.

Tratar de buscar en su consciente o inconsciente racionalidad, el fundamento de la fuerza normativa de lo real, sería trastrocar completamente la cuestión. Lo real puede ser racionalizado después; pero su significación normativa radica en la propiedad de nuestra naturaleza, la cual reproduce más fácilmente lo que ha sido ya fisiológica y psicológicamente realizado que lo que le es nuevo.

Para comprender la evolución del derecho y de la moralidad, es de gran importancia el conocer la fuerza normativa de los hechos. Las órdenes emanadas de la autoridad religiosa o del Estado se ejecutan unas veces por temor, otras por otro motivo, y de aquí parte el desarrollo de la representación de que las órdenes repetidas tan a menudo, desligadas de las fuentes de que proceden, son normas morales que deben ser ejecutadas a causa de su interna fuerza obligatoria. Toda moral imperativa religiosa funda, por tanto, sus principios en constituir el contenido real de la voluntad de una autoridad que debe ser reconocida. "Yo soy, pues, el Señor vuestro Dios." Ésta es la motivación de la antigua ética judaica. Las más antiguas formulaciones de la moral religiosa están hechas con un carácter absoluto; van acompañadas de sanciones, pero no de motivos. La razón de su justificación se encuentra en su propia existencia.

Aún más clara y rotunda se muestra la relación de lo real con lo normativo al considerar los orígenes del derecho. Vale como derecho en cada pueblo, ante todo, lo que realmente es vivido como tal, y el ejercicio permanente de este derecho crea la representación de que este ejercicio se conforma a una norma apareciendo por consiguiente la norma misma como ordenación autoritaria de la comunidad, es decir, como norma jurídica. De este modo recibe también su solución el problema del derecho consuetudinario. No nace este derecho del espíritu popular que lo sanciona ni de la convicción común de que algo ha de ser derecho en fuerza de su necesidad interna; no nace de un acto de voluntad tácita del pueblo, sino de las propiedades generales psíquicas que hace se conside-

re como normativo lo que constantemente se viene repitiendo en la realidad. El origen de la fuerza obligatoria del derecho consuetudinario coincide por completo con el de la moda o el ceremonial.[5]

Pero la consideración de la fuerza normativa de los hechos no sólo nos permite comprender exactamente los orígenes del derecho, sino también la existencia del orden jurídico; porque lo real tiene en general una tendencia psicológica a transformarse en obligatorio. Por esto ocurre en el campo del sistema del derecho que el hecho social dado, sea el que exista como derecho, y todo aquel que pretenda introducir una modificación en este estado de derecho, tiene que probar su mejor derecho. La protección de la posesión descansa, ante todo, en la protección de las relaciones reales en que consiste aquélla. Si los juristas, a partir de Savigny, hubiesen explicado este problema poniéndolo en conexión con todo el orden jurídico, en vez de fijar su atención en el problema concreto, habría desaparecido bien pronto completamente la lucha de opiniones sobre esta cuestión,[6] pues no sólo la posesión ilegal está protegida *in pendenti,* sino también el matrimonio hasta tanto que se le proclama nulo y el heredero de un testamento cuestionado, en tanto que el juez no decida a favor del que ataca la legitimidad del testamento. En derecho público, el diputado elegido se considera miembro de la cámara para la que fue designado, hasta tanto que su elección sea anulada; la ilegalidad de la elección no tiene influjo alguno en las decisiones en que haya tomado él parte en la cámara. Si un empleado ha inscrito con error en el registro de nacimiento el sexo de un niño, nadie podrá extender un acta de nacimiento haciendo mención exacta del sexo del niño hasta tanto que una sentencia del juez autorice la corrección necesaria en el registro.[7] En el procedimiento, el principio de que la prueba corresponda al demandante es un caso de aplicación del principio general de que lo que existe con antelación tiene un derecho preferente a subsistir como derecho. Incluso cuando se trata de juzgar jurídicamente las revoluciones de los Estados, existe en el fondo

[5] Zitelmann hace notar con razón *(Gewohnheitsrecht und Irrturn.— Archiv für ziv. Praxis,* 1883, p. 459): "La justificación eterna de la obligatoriedad del derecho consuetudinario depende más bien del fenómeno psicológico peculiar, según el cual un hombre de mentalidad normal llega siempre a pensar que existe un orden jurídico que nos obliga a cumplirlo. Cuando observa la dominación efectiva duradera de estos principios confía en que esta dominación real habrá de subsistir". Una investigación más detallada del problema del derecho consuetudinario, singularmente de la cuestión importantísima de saber cómo aparecen sus normas con el carácter de una voluntad autoritaria, es cuestión que queda fuera de los límites de esta obra.

[6] En algunos casos particulares se puede también admitir las consideraciones relativas a la utilidad o equidad que han influido en determinar la concepción del carácter normativo y obligatorio de los hechos. Mas la enorme semejanza de los casos particulares indicaría entonces de un modo incontestable que entre ellos existía una causa común.

[7] Ley del imperio relativa a la prueba del estado de las personas y celebración del matrimonio, de 6 de febrero de 1887, §§ 65 y 66.

de nuestra visión de las cosas esta concepción normal de las relaciones jurídicas. El ejercicio del poder del Estado por el usurpador crea inmediatamente un nuevo estado de derecho, porque no existe entonces institución alguna que pueda hacer que se considere como no efectuado jurídicamente el hecho de la usurpación. En este mismo principio se basa la tendencia, admitida hoy generalmente en derecho internacional, del hecho consumado. El mantenimiento efectivo del poder del Estado legitima por sí solo la representación del Estado en el exterior, y el legítimo representante del poder, destronado, pierde su derecho por el mero hecho de su alejamiento del ejercicio de la soberanía. Cuando en 1860 reconoció la Gran Bretaña al reino de Italia, rompió el primer ministro inglés inmediatamente las relaciones oficiales con el embajador del rey de las dos Sicilias.[8]

Favorece grandemente a la doctrina del Estado el conocimiento fundamental de la significación normativa de los hechos. Gracias a esto recibe una base sólida y se hace inteligible lo que respecta a la teoría social de las relaciones del Estado y la sociedad. Según ésta, la ordenación de aquél significa un compromiso permanente entre los grupos particulares que luchan por la dominación, y la Constitución del Estado a su vez expresa las relaciones de potencialidad entre los distintos factores sociales. Es preciso distinguir entre la Constitución escrita y la Constitución viva de un Estado. Esta última, en que encuentra expresión la realidad del Estado, consiste en la división efectiva del poder, división que es independiente en todos los Estados de las fórmulas de derecho escritas existentes en él.

El derecho es también, según se desprende de esta doctrina, un compromiso entre intereses diferentes y aun opuestos.[9] Este compromiso es la resultante, no sólo de la fuerza de los intereses, sino del poder social de los interesados en ellos. Por esto las relaciones reales de poder son las que sirven de base al orden jurídico y encuentran en él su expresión.

Si esta teoría no es capaz de explicar la naturaleza esencial del orden jurídico y del orden del Estado, como acontece a todas aquellas doctrinas que mediante una causa única pretenden abarcar un fenómeno social complejo, habrá de reconocérsele, al menos, que gracias a ella hemos llegado a comprender por vez primera los orígenes y los efectos de algunas partes importantísimas del derecho público. Es preciso completarla mediante la idea de que en las relaciones reales reside una fuerza normativa; esto es, que de aquellas relaciones nace la siguiente convicción: las relaciones reales de dominación han de ser consideradas como jurídicas. Donde falte esta convicción, allí será menester el orden real de fuerzas ex-

[8] F. von Martens, *Volkerrecht*, II, 1886, pp. 23-24.
[9] Véase cap. IV, *b*.

teriores para ser mantenido, lo cual le hace imposible a su vez ser duradero, pues o aparecerá una costumbre que se imponga a esta situación o el orden puramente exterior se deshará. Pero allí donde los hechos han sido elevados a la categoría de normas por haber adquirido el carácter de costumbres y haber alcanzado éstas a su vez un reconocimiento exterior, resultará, que las situaciones que un extranjero habría de considerar injustas, repútanse aquí completamente legales. Se advierte principalmente esto cuando se considera la historia de las clases sociales no libres y observamos, por ejemplo, que las innumerables formas de relaciones de dependencia personal en la Edad Media duran siglos, y los mismos que carecen de libertad llegan a reconocerla, no sólo como una sujeción real, sino además como una institución jurídica.

Esto nos facilita el camino para fijar la situación en que se encuentra el poder del Estado respecto del derecho y para comprender la posibilidad de un derecho relativo al poder del Estado, esto es, de un derecho político. En los más de los casos, la formación de los nuevos poderes del Estado descansa en hechos que excluyen toda posibilidad de una cualificación jurídica previa. La fuerza en la multiplicidad de sus formas ha sido la razón que ha determinado más frecuentemente la formación y desaparición de los Estados; pero aun allí donde el origen de un Estado está preparado por un orden jurídico, ocurre, como hemos visto anteriormente, que el hecho mismo del nacimiento queda fuera del orden del derecho. Las modificaciones más profundas en la estructura de los Estados llévanse a cabo no poco frecuentemente por actos de fuerza, como revoluciones y golpes de Estado. La modificación de las fuerzas reales de las relaciones entre los órganos superiores del Estado se infiltra en las instituciones mismas, aun cuando no se haya modificado una letra de la Constitución. No hay ley alguna en Inglaterra que haya introducido la forma de gobierno parlamentario. La prerrogativa regia no se ha modificado esencialmente por un estatuto desde el *Bill of Rights;* pero la debilidad de la dinastía extranjera de Hannover y el poder efectivo del parlamento, han ido originando lentamente la actual relación entre la corona y la cámara de los comunes.

La transformación del poder del Estado —que en un comienzo tiene en todas partes el carácter de un mero hecho— en un poder jurídico es una consecuencia de la representación de estos hechos como debiendo tener un carácter normativo y ser tales como son. Así pues, este proceso se perfecciona en la vida interna de los hombres, es nuestra conciencia. Quien reconozca, como es justo, que el derecho, al igual que todo fenómeno social, tiene su punto de apoyo en nosotros y no fuera de nosotros, no hallará en esto nada sorprendente. De aquí que ocurra que la explotación de las clases sometidas por las clases dominantes llegue a alcanzar un pleno carácter jurídico, es decir, no sólo en el sentido de que signifiquen

ordenaciones del poder, sino también porque reconocen este carácter jurídico los mismos sometidos y sólo en una época posterior aparece como injusta esta división del poder. Así se explica cómo el antiguo despotismo egipcio y persa tenían un carácter jurídico indudable para sus súbditos, y querer medir estas antiguas construcciones de los Estados con arreglo a un criterio tomado de concepciones jurídicas posteriores, no sólo es antihistórico, sino contrario a un recto pensar jurídico.

Para completar el concepto de derecho, no basta la convicción de que lo real se transforma en normativo, sino que son precisas para el derecho, garantías que inciden en las relaciones de fuerza. Tales garantías radican ante todo en aquellas que mientras permanecen incambiables, garantizan con su propia existencia el orden jurídico que de ellas emanara. A estas garantías se unen las que provienen de la forma de las instituciones del Estado. La división del poder en órganos distintos o la concentración en uno solo, la independencia o dependencia de los funcionarios del Estado, la centralización o descentralización administrativa, la exclusiva atención del Estado a los servicios administrativos o el reconocimiento del *selfgovernment*, la existencia de un ejército grande y permanente o de cuerpos militares circunstanciales, la irresponsabilidad de los altos empleados, la amplitud o restricción en el derecho a reclamar, en nada afecta a todas las funciones para que garanticen, en la forma que a cada una le sea propia, el orden existente en el Estado, y presten a éste un carácter de orden jurídico. Además, frente al individuo encuéntrase el poder coactivo del Estado, el que, si bien no puede garantir todas las normas del derecho público, sí puede hacerlo en una gran parte de ellas. Todas estas garantías, por fuerte que pueda ser su influjo, no poseen una naturaleza absoluta, porque este carácter absoluto no existe en las cosas humanas. Frente a los poderes históricos que modifican el derecho, el derecho mismo, como hemos repetido, aparece impotente. Esta afirmación vale, no sólo para el derecho público, sino para toda clase de derecho.

La doctrina que acabamos de exponer explica cómo las teorías opuestas relativas a la naturaleza del derecho público son concepciones parciales de un fenómeno muy complejo. En el fondo de la teoría de la legitimidad se oculta, como motivo que la justifica, el hacer derivar en última instancia el derecho del reconocimiento de relaciones reales ejecutadas durante largo tiempo. Pero la teoría que concibe al Estado sólo como relaciones de fuerza, como hecho brutal, ha reconocido también un elemento de derecho público. Ambas doctrinas yerran en cuanto consideran poder y derecho como términos que se oponen de un modo absoluto. Sólo ha de considerarse como antijurídica aquella fuerza o poder que no se crea acompañado del sentimiento de que es conforme a norma.

El proceso de la transformación de las relaciones de poder del Estado

en relaciones jurídicas se especializa de muy varias maneras en los casos concretos. Según la energía o indolencia del carácter del pueblo, la torpeza o sagacidad crítica del espíritu público, la capacidad de los que dirigen el poder para asociar las masas a su obra y otras mil circunstancias históricas que pueden determinar el hecho concreto histórico, así habrá de ser mayor o menor el lapso de tiempo que transcurra antes de que sea reconocido como jurídicamente existente un hecho político. Hay épocas, pues, en la vida de los pueblos, que los contemporáneos y la generación siguiente encuentran que ha sido un periodo de dominación en que ha faltado el derecho, una época de arbitrariedad plena. Esto puede llegar a tener una gran significación jurídica si se consigue concluir con esta situación que frente al antiguo estado de cosas aparece como una usurpación e ilegalidad por no acompañarle aún la convicción de que es conforme a derecho.

2. Es preciso fijar e investigar ahora un segundo elemento de importancia en la formación y evolución del derecho. El caso de una situación que no es aún conforme a norma ha de ser distinguido de aquel otro en que se hace la crítica de las relaciones jurídicas positivas con objeto de alcanzar un objetivo determinado. Con la modificación de las relaciones sociales se modifica también singularmente el valor atribuido a las normas que están en vigor. En la sociedad existe un movimiento ininterrumpido y una transformación igualmente incesante de la que participan las distintas normas. Porque este movimiento siempre va acompañado de un impulso a modificar y a complementar el derecho existente. En todas las épocas en que este impulso ha alcanzado un grado intenso, se ha producido inmediatamente una doctrina a veces clara, a veces oscura sobre la esencia del derecho. Al derecho hoy en vigor, opónesele otro con exigencias que pretenden ser de mayor valor[10] y que se presenta como una promesa de realización. No ha sido casual el que todas las revoluciones de la época moderna hayan encontrado su inspiración en la doctrina del derecho natural. Éste no significa esencialmente otra cosa que el conjunto de exigencias que una sociedad en el curso de su vida y de sus transformaciones, o bien una clase social particular, dirigen a los poderes que crean el derecho.[11]

Pero no sólo se ha abierto camino el derecho natural mediante la fuerza, sino que la convicción inmediata de su carácter obligatorio se ha reflejado en las concepciones prácticas, de suerte que este derecho ha llegado a ser realmente aplicado y tácitamente reconocido como de-

[10] O con exigencias para que se restablezca una situación que ha desaparecido ya, porque no se ha de olvidar que existe también un derecho natural reaccionario. Véase Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, pp. 174-175, 192.

[11] Sobre esto son excelentes las observaciones de Jodl, *Über das Wesen des Naturrechts und seine Bedeutung in der Gegenwart;* Prager, *Jurist. Vierteljahresschrift*, 1893, pp. 1-2.

recho positivo por parte de los poderes dominantes. Si como antes hemos dicho, es el hecho el que hace nacer el derecho, en este caso sucede lo contrario, que la representación del derecho es la que crea la realidad.

Sería un problema de grandísima importancia tratar de probar esta afirmación mediante la historia moderna del derecho. Mas nosotros sólo habremos de señalar algunos ejemplos particulares y muy representativos tomados de la historia moderna de las ideas jurídicas acerca del Estado.

Según la antigua Constitución, los territorios no eran Estados, y la autoridad territorial sólo era un plexo de derechos en parte públicos, en parte privados, pero que carecían interiormente de toda conexión. En la última época del imperio fueron considerados los territorios por los publicistas como Estados, y se habla a propósito de ellos de los "principios legítimos del derecho público general e internacional",[12] es decir, del derecho natural, y esta concepción nacida como un supuesto del derecho positivo ha influido de un modo inmediato en la formación del derecho del Estado territorial. Mediante ella llega a dominar la convicción de que el poder del señor de la tierra es a su vez el poder del Estado, poder que sólo tiene un límite insuperable cuando se trata del derecho privado de los individuos, pero que es más fuerte que todo derecho que se oponga al desarrollo de la autoridad del Estado. La doctrina del derecho natural, que considera al territorio como Estado, ha ejercido un influjo extraordinario en la transformación de aquél en éste. En una época posterior, el "derecho público general constitucional", que nace de la naturaleza de los Estados constitucionales, es el que confiere validez inmediata a todos los Estados, por lo cual en muchos de éstos han sido introducidos tácitamente varios principios de este derecho natural constitucional.[13]

[12] Pütter, *Beytrage zum Teutschen Staats-und Fürstenrechte*, I, 1777, p. 319. Del contenido de la autoridad territorial deduce Pütter que, abstrayéndonos de las limitaciones que le impone el imperio, es ella el más alto poder; pero reconoce también su subordinación a los principios del derecho público general. Igualmente Gönner, *Deutsches Staatsrecht*, 1804, § 227: "La autoridad territorial alemana contiene la totalidad del derecho existente en los poderes superiores, de conformidad con el derecho público racional".

[13] Un ejemplo interesante de esto nos lo ofrece el principio de la discontinuidad de los periodos de las sesiones en los casos de concluir una legislatura. En muchas constituciones no se habla para nada de esto, y en otras, como por ejemplo en la del imperio alemán y en la de Prusia, se considera como hecho natural. Véase Laband, I, p. 317; Schulze, *Preuss. Staatsrecht*, 2ª ed., I, p. 362; G. Meyer, p. 326, n. 11. Stahl lo legitima fundándose en el derecho natural; dice que descansa "en la conciencia jurídica general y en la costumbre europea el que se consideren como caducados aquellos trabajos que no se han terminado al cerrarse las cámaras" (Schulze, lugar citado). La Constitución austriaca (véase *Abgeändertes Staatsgrundgesetz über die Reichsvertretung* de 21 de diciembre de 1867. § 19, I), sólo reconoce estos dos principios: el de la prórroga del Reichsrat y la disolución de la cámara de diputados. Sin embargo, en Austria, como en aquellos otros Estados en que se admite el principio de la clausura de Cortes, existe este mismo como práctica, y varias leyes austriacas dan por supuesto esta clausura o hacen mención de la misma y de los efectos que de ella se deducen. En Luxemburgo, la conclusión de las sesiones no es efecto en modo alguno "de la conciencia

Este proceso de la conversión del derecho natural en positivo tiene lugar principalmente en la época de las revoluciones. Así, por ejemplo, en el comienzo del movimiento revolucionario en Francia, en aquella memorable sesión real del 23 de junio de 1789, cuando el *tiers état* se niega a obedecer las órdenes del rey y se declaró a sí mismo asamblea nacional dotada de poder constituyente, cree hallarse dotado de derecho para ello. Los hombres que llevaron a cabo este acto trascendentalísimo tenían la convicción de que el antiguo Estado monárquico descansaba sobre el principio de la soberanía popular y que el rey no era otra cosa que el funcionario ejecutor de la voluntad común, y esta creencia la transforman los revolucionarios en una realidad jurídica sin que el tercer Estado encontrase ningún obstáculo serio para ello.[14] La primera Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 está formada completamente partiendo de la base de la soberanía popular y el lugar que al rey se le concede en ella es el que le asignaba Rousseau en su *Contrat social.*

En el movimiento alemán de 1848, la asamblea nacional constituyente que hubo de reunirse en Francfort, creía también que ella representaba el poder constituyente, el cual corresponde exclusivamente al pueblo, y los gobiernos de los Estados particulares no se dieron clara cuenta de la amplitud de los poderes del parlamento de Francfort. De aquí que jamás se haya decidido la cuestión de saber si la Constitución necesitaba para su perfección la conformidad de los acuerdos de los gobiernos particulares.[15] La asamblea nacional tenía la convicción de que bastaban

jurídica europea" (Eyschen, *Das Staatsrecht des Grossherzogtums Luxemburg*, en el *H. B. des öff. Rechts*, p. 108. En los Países Bajos la práctica es muy vacilante; De Hartog, *Das Staatsrecht des Königreichs der Niederlande*, en *H. B. des öff. R.*, p. 33. Sería muy interesante probar los orígenes de todo lo que no está escrito y pretende valer como derecho constitucional o parlamentario en un Estado y nos encontraríamos con que en muchas ocasiones la fuente no procede ni de la práctica inglesa ni de la Carta francesa, sino de la teoría de Bentham (véase Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, pp. 432 ss.) y de B. Constant y sus continuadores.

[14] Son muy interesantes los discursos pronunciados en la sesión real después de la salida del rey. Todos parten de la idea completamente en contradicción con el derecho público positivo, de que el tercer Estado, independiente del rey, era a quien competía el poder legislativo. Barnave decía así: *"Vous avez déclaré ce que vous êtes; vous n'avez pas besoin de sanction; l'octroi de l'impôte dépend de vous seuls. Envoyés par la nation, organes de ses volontés pour faire une constitution, vous êtes obligés de demeurer assemblés aussi longtemps que vous le croirez nécessaire à l'intérêt de vos commettants"*. Y Sieyès, refiriéndose a la autoridad del pueblo francés dice: "Elle nous pousse et nous demande une constitution; et qui peut la faire sans nous? Qui peut la faire, si ce n'est nous? Est-il une puissance sur terre qui puisse vous ôter le droit de représenter vos commettants?" De aquí nació el acuerdo de la inviolabilidad de los diputados y el que se condenase a pena capital a los que dirigiesen ataques contra ellos, ordenando por su propia autoridad: *"L'Assemblée nationale arrête que, dans les cas susdits, elle prendra toutes les mesures nécessaires pour rechercher, poursuivre et punir ceux qui en seront les auteurs, instigateurs ou exécuteurs"*. (*Archives parlamentaires*, serie I, VIII, pp. 646-647.) De un modo tan visible, tal vez en ninguna otra ocasión haya obtenido un triunfo análogo el derecho natural.

[15] Los partidarios de la competencia del Reichstag en lo que toca a la Constitución, se

sus acuerdos legislativos, su publicación, para adquirir inmediatamente fuerza obligatoria para los gobiernos y el pueblo alemán. Promulga la ley sobre letra de cambio, la cual fue introducida por algunos Estados como ley de imperio y por otros como ley particular de aquel Estado.[16] El poder provisional del imperio proclamó, el 28 de diciembre de 1848, los derechos fundamentales del pueblo alemán, reconocidos por la asamblea nacional, los cuales fueron publicados en una parte de los Estados de la confederación, simplemente mediante una notificación ministerial, como si se tratase de una ley del imperio que tuviera ya validez. Otros Estados los consideraron y publicaron como leyes particulares de ellos mismos, y un tercer grupo, por último, no lo publicó (Austria, Prusia, Baviera, Hannover).

Estas distintas actitudes de los gobiernos alemanes reflejan la variedad de sus puntos de vista acerca del poder soberano que el parlamento de Francfort, apoyándose en un dogma de derecho natural, se había atribuido a sí mismo. Una decisión posterior federal ha negado de un modo expreso el carácter obligatorio de ley a los derechos fundamentales que promulgara el parlamento de Francfort;[17] mas como según el punto de vista adoptado por el Bundestag, nunca tuvieron este carácter, prueba esto que el propio Bundestag no se ha sustraído a la idea de que un principio que entra por completo en el orden del deber ser, puede llegar a alcanzar inmediatamente fuerza jurídica si a su vez llega a existir la convicción de que es conforme a derecho.

amparan en la decisión del Bundestag de 12 de julio de 1848, que otorga al poder central provisional el ejercicio de sus derechos y obligaciones conforme a la Constitución. Véase G. von Meyer, *Corpus juris confaederationis germanicae*, 3ª ed., II, pp. 512-513. Últimamente se ha expresado así también Binding, *Der Versuch der Reichsgründung durch die Paulskirche*, 1892, p. 17. Pero no sólo se había reservado Austria el derecho a aprobar cada una de las conclusiones del derecho natural de Francfort, y además no debe olvidarse que no entraba en la competencia del Bundestag ni en sus fines el conceder a la asamblea nacional el poder constituyente, sino que el Bundestag sólo trasladó sus derechos al regente del imperio. Prescindiendo de otras consideraciones, puede decirse que las disposiciones de las constituciones de los Estados particulares que no concordasen con la nueva constitución del reino, no podían ser desposeídas de su carácter legal sin el asentimiento de las cámaras interesadas en ello. El acuerdo del 27 de mayo de 1848 tomado por la asamblea, según el cual las disposiciones de las constituciones de los Estados particulares, opuestas a la nueva constitución, se consideraban sin valor (O. Mejer, *op. cit.*, p. 211, n. 12) era una conclusión nacida de la doctrina de derecho natural del poder constituyente, pero no del derecho positivo. La Constitución del imperio de 27 de marzo de 1849 fue publicada sin la aprobación del regente del imperio, conforme a la decisión de 28 de junio de 1848, y pudo por esto mismo, ser atacada por los gobiernos.

[16] V. Thöl, *Handelsrecht*, II, 4ª ed., 1878, pp. 36 y ss.

[17] Decisión federal de 23 de agosto de 1851, G. von Meyer, II, p. 561. La dieta federal declara que los derechos fundamentales, ni en la forma en que fueron promulgados el 27 de diciembre de 1848, ni como parte de la Constitución del imperio, pueden considerarse jurídicamente valederos, y añade: "Por esto han de ser considerados como anulados en todos los Estados de la confederación".

La concepción de que los derechos por los que se lucha se consideran como si existiesen ya de hecho es una posición que pervive en la actualidad, y así lo muestra una ojeada al movimiento socialista actual y a la literatura que lo acompaña. El derecho a la existencia, el derecho al trabajo y el derecho al producto íntegro de éste, pertenecen al inventario de los derechos naturales del socialismo,[18] y el socialista convencido tiene en sus derechos económicos fundamentales[19] un criterio para valorar el derecho de la propia manera que lo tenían también los radicales franceses del siglo XVIII en su *Contrat social.*

Es, pues, indudable que en todo futuro la idea de un derecho *de lege ferenda* continuará siendo un factor poderoso en el proceso de la formación del derecho. La crítica científica dirigida contra la existencia de un derecho natural nos ha probado que no tiene éste, en todas sus formas, varias y cambiantes, el carácter de obligatorio, y por consiguiente que carece del carácter jurídico, razón por la cual esta crítica lo rechaza; pero lo que deja sin explicar ésta es el fenómeno mismo del derecho natural. El hecho histórico de que desde el primer momento en que se reflexionó sobre la esencia del derecho brotase la convicción de que existía un derecho natural cuya validez no descansa en afirmaciones de carácter humano, sino que más bien sirve de norma a estas proposiciones de carácter humano, eso no lo explica la crítica jurídica moderna. La doctrina anterior a Sócrates de la φύσει δίκαιον, que explicó Aristóteles con tanta claridad, sirvió de fundamento a la ética y filosofía del derecho de los estoicos y después a la teoría de Cicerón y de los juristas romanos sobre el *jus naturale.* Esta idea ha dominado toda la Edad Media, y no se debe, como creen muchos aún hoy, a Hugo Grocio y otros, sino que bajo la renovación del influjo de los antiguos y en oposición a la especulación antigua, coloreada siempre por la teología, fue reelaborada y aclarada, e inmediatamente convertida en doctrina de escuela y transformada al fin en doctrina revolucionaria. Bergbohm ha mostrado, de manera altamente instructiva, que esta concepción, lejos de haber sido rechazada por los juristas, penetra en la ciencia del derecho, la cual, en general, está edificada sobre deducciones y supuestos de derecho natural.[20]

No se comprende un fenómeno histórico de esta importancia sólo con negarlo o rechazarlo. La jurisprudencia moderna, al no admitir la idea de un derecho igual o superior al derecho positivo, se coloca en la misma situación que aquellos que dividen las religiones en verdaderas y falsas,

[18] Véanse las observaciones de A. Menger, *Das Recht auf des vollen Arbeitsertrag,* 1886. (Esta obra ha sido traducida y publicada en castellano con el título *El derecho al producto íntegro del trabajo.)*

[19] A. Menger, *op. cit.,* pp. 5-6.

[20] *Op. cit.,* pp. 232-233.

con lo cual resulta imposible comprender históricamente la totalidad de los fenómenos religiosos. Lo que falta a la ciencia moderna del derecho, y no puede jamás ser suplido por la mera comprobación del carácter positivo de aquél, es una doctrina profunda y penetrante acerca de las fuerzas que crean el derecho. Le basta con considerar como fuentes de éste, la costumbre y la ley, sin inquietarse mucho por llegar a precisar —prescindiendo de algunas observaciones generales— cuáles son las fuerzas que determinan el curso de estas fuentes. Esta cuestión principal: cómo lo que no es derecho, adviene tal, déjansela los juristas a los filósofos del derecho, y, o ignoran después la solución que dieron aquéllos al problema, o, de conocerla, la acogen con una sonrisa.[21] Y sin embargo, es preciso conocer la esencia de los poderes que crean el derecho, y por tanto que son anteriores a él, para que sea posible separar de esta suerte el derecho de lo que no puede ser tal y de lo que aún no lo es.

Si se echa una ojeada sobre los 25 siglos de historia de la idea del derecho natural, y se reflexiona sosegadamente sobre ello, se llegará a la conclusión de que el no haber desaparecido jamás la creencia en un derecho obligatorio y con valor, con un carácter de necesidad moral, a causa de su justicia interna, se apoya en nuestra constitución psicológica. Con esto, claro es que no se afirma nada acerca de su contenido ni de la verdad objetiva que contenga; más bien es cambiante este contenido, como lo muestra una ligera investigación histórica, según el tiempo y el lugar, y sacar la conclusión de esto para afirmar una justicia objetiva, sería tan metafísico como toda afirmación dogmática de un poder ético objetivo. Para tomar un *analogon* en las religiones, observemos que el investigador, al encontrarse con que, según muchos creen, en todos los pueblos —claro es que después de haber salido de un grado de salvajismo profundo— existen fenómenos que acusan un estado religioso, habrá de concluir que esto corresponde necesariamente a determinadas disposiciones y

[21] Véase, por ejemplo, la crítica detallada y la refutación que hace Bergbohm *(op. cit.*, p. 454) de la doctrina que considera el sentimiento del derecho como poder creador del derecho mismo. La insuficiencia de esta crítica esencialmente negativa la ha mostrado con excelentes observaciones acerca del tema Bernatzik en su recensión de la obra de Bergbohm, publicada en *Schmollers Jahrbuch*, 1896, xx, pp. 653-654. Stammler intenta abrir un nuevo camino mediante su obra *Die Lehre vom richtigen Recht*, en la que se propone hacer ver qué es lo que en el derecho en vigor corresponde a la idea del derecho y lo que, por tanto, constituye el derecho positivo. Pero no llega a suministrar este autor medio alguno que permita conocer la justicia de un derecho independientemente del arbitrio subjetivo; sin embargo, no se le puede imputar esta última opinión, porque precisamente él cree en un ideal moral firme, con valor universal. Sería de gran importancia para la fuerza de expansión de esta doctrina llegar a comprender de qué medios se valdría para convencer a los que creen en otra doctrina si éstos opusiesen con igual fuerza de convicción a aquéllos otro "derecho justo". Piénsese, por ejemplo, en la situación de la doctrina católica del derecho cuando se trata del divorcio, doctrina que, según Stammler, pp. 576-577, ¡corresponde al derecho justo!

exigencias de los hombres, sin que con ello quiera afirmar nada relativo al grado de verdad objetiva de las representaciones religiosas.

Todo derecho sólo es posible bajo el supuesto de que tenemos capacidad para considerarnos obligados a las exigencias formuladas por nuestra voluntad, el contenido de las cuales queda separado del arbitrio subjetivo. Aquellos seres a quienes faltase esta cualidad ético-psicológica quedarían necesariamente fuera de lo justo y de lo injusto. Esta propiedad se exterioriza en los hombres independientemente de toda representación abstracta de un orden jurídico positivo, y es más, aun antes de que sea posible la conciencia de tal orden. Esto puede verse con claridad cuando se estudia en el niño la evolución de la representación del derecho. Desde su primera edad, por lo común, antes de que pueda hablar, establece el niño una distinción entre los ataques de cierta clase y aquellos que recibe de niños de igual edad, reaccionando de distinto modo ante uno y otro. Los primeros, procedentes de la naturaleza, los considera como castigos, y los segundos, como injusticias contra las que se revuelve y que provocan en él una ofensa tan fuerte que no es proporcionada al motivo. El ataque que lo lastimó produce por sí mismo, irreflexivamente, en el alma infantil, la representación de lo que no debe ser, y por consiguiente de lo que es injusto. No sería acertado dejar de dar importancia jurídica a estas representaciones primitivas, pues todas las normas tienen las mismas raíces y la diferenciación interna de ellas es resultado de una evolución intensa.

En este punto, como en muchos otros, se puede deducir con gran seguridad de la evolución ontogenética la filogenética. Aquella propiedad ético-psicológica mediante la cual la voluntad se obliga por normas ha tenido en las situaciones primitivas un carácter no sólo pasivo sino también activo; es decir, que a ella se debe la representación de las normas cuya certeza es tan manifiesta para la conciencia ingenua que toda investigación para buscar una fuente exterior a la vida psicológica de aquel que, mediante ella, se estima dueño de ciertos derechos y obligaciones, o bien conduce a considerar superficial esta investigación, o bien a buscar estas fuentes en las especulaciones teológica y metafísica. La idea de un derecho natural, objetivo, es pues, un fenómeno que acompaña a los hechos psicológicos fundamentales sobre los que descansa la posibilidad de un orden jurídico universal.

La investigación de la psicología social nos hace ver que para formar la convicción de la existencia de un orden jurídico no ha sido de menos importancia este fenómeno inseparable que antes hicimos notar, que la capacidad para convertir la acción real en norma. Si meramente lo real fuese reconocido como normativo, llegaríamos a un punto en cada época histórica en que a causa de la transformación de las relaciones sociales, desaparecería el carácter jurídico de lo real, sin que pudiera ser rempla-

zado por algo nuevo. La consecuencia necesaria de una consideración tan unilateral de la naturaleza humana sería la existencia de largos periodos de anarquía salvaje; pero la idea de un derecho natural o racional colabora enérgicamente para legalizar, y aun para hacer más intensas, las transformaciones violentas y completas, operadas en la vida del derecho y del Estado. Sólo estas ideas pueden dar lugar —en caso de destrucción del orden existente en un Estado y hasta tanto que nazca una convicción de orden consuetudinario— a un orden nuevo que remplace al que fue aniquilado y prestar a este orden, ya de un modo total, ya en algunas de sus partes esenciales, un carácter jurídico. Pero antes que la costumbre lleve a cabo la transformación de lo real en normativo, la convicción de la racionalidad del nuevo orden engendra la representación de su conformidad a derecho. Por esto puede suceder que la transformación del orden del Estado, llevada a cabo mediante una revolución triunfante, sea inmediatamente considerada como derecho vivo durante el lapso de tiempo que media hasta que el pueblo, en su mayoría, la apruebe. Así, por ejemplo, la caída de Napoleón III, mediante la revolución del 4 de septiembre de 1870, fue considerada por la mayor parte de los franceses como legal, y conforme a esto ha podido llevarse a cabo la transformación del segundo Imperio en tercera República casi sin que exista un *hiatus* jurídico.

Cuando se parte del falso dogma de que el sistema del derecho ha de ser una unidad cerrada, no se fija la jurisprudencia en que, por lo común, la historia del derecho es al propio tiempo una historia de las transgresiones de éste y de espacios vacíos de derecho dentro del propio orden jurídico y junto a él; por lo cual sólo llegan a conseguir las apariencias de la continuidad jurídica valiéndose de una especulación falsa y comparable a las ficciones audaces del derecho natural.

3. Hay, pues, dos elementos psicológicos que originan la transformación del orden del Estado en orden jurídico: el primero cambia lo real en normativo y es el elemento conservador; el segundo, que engendra la representación de un derecho superior al derecho positivo, es el elemento racional, evolutivo, progresivo, el que impulsa hacia adelante y se propone la modificación de las situaciones jurídicas.

En las luchas políticas, hállanse frente a frente los representantes de ambos elementos sin advertir que necesariamente tienen que convivir. Hemos visto cuán grande era la significación del segundo elemento en la producción del derecho, al probar la manera como contribuye a fundamentar la convicción de la naturaleza jurídica del derecho público. Y uniéndose de un modo peculiar el primer elemento, favorece la legitimación de situaciones nuevas creadas en contradicción con el orden del Estado anteriormente existente, y que corresponden a exigencias del derecho natural para que se modifique lo estatuido.

Pero también tiene una gran participación el elemento racional de la formación del derecho en la fijación del orden, porque puede determinar y adecuar las instituciones en una época dada, sin modificarlas esencialmente en su forma, a fines que aparezcan como racionales. Toda la historia del derecho está formada por un proceso ininterrumpido de racionalización de las instituciones, como hemos expuesto al tratar de la modificación de los fines.

La continuidad histórica de las instituciones humanas descansa en la posibilidad de la transformación de las tradiciones conforme a los fines sociales reconocidos como racionales. Así, por ejemplo, la monogamia, resultado de un largo proceso histórico, no parece hoy la forma racional del matrimonio; pero esta racionalidad consiste en la lenta transformación jurídica que ha ido acompañando a la que se ha operado a su vez en las concepciones morales relativas concretamente a la situación social de la mujer, juntamente con las formas cambiantes de la economía doméstica. Sobre la base de una experiencia, que durante largo tiempo ha ido unida a una institución, se forma la representación que más tarde se aplica respecto a la racionalidad de la misma. La institución en sí aparece para el pensar común desligada, a causa de esto, de su base jurídica, positiva, y toma el carácter de una institución social racional aparentemente producida, de un modo inmediato, por la razón.

De esta racionalización participa también el orden del Estado. Prescindiendo de una pequeña minoría que seriamente rechaza el Estado, en general tanto a éste como al orden que lo acompaña, los consideran los hombres como racionales. El hecho de que la suerte de los pueblos vaya unida inseparablemente a la del Estado ha hecho nacer la idea de que los servicios de éste son irremplazables, y de aquí que aparezcan con derecho a existir. Al historiador le parece tan evidente la conclusión de que, puesto que el Estado existe, es racional, que no advierte los hechos psicológicos que existen en la base de esta consideración de racionalidad.

Así como el elemento conservador de la formación del derecho no podría garantir por sí solo la evolución ininterrumpida del derecho, de igual suerte el elemento racional, como elemento exclusivo, si rechazase toda unión con el elemento conservador histórico, arriesgaría en grado sumo la continuidad de la evolución. No admitiendo las instituciones nada de lo histórico, caerían dentro de una crítica subjetiva y aniquiladora. Esta dirección, en su consecuencia extrema, conduce al anarquismo por cuanto éste rechaza el Estado exclusivamente porque lo juzga valiéndose de un ideal racional unilateral. Los que se han colocado en un punto de vista exclusivamente histórico o exclusivamente racional; así como quienes han considerado el Estado como una fuerza bruta des-

poseída de todo derecho, siempre se han reducido a un círculo poco numeroso o a épocas concretas; en tanto que en la conciencia general del pueblo no sólo se ha considerado el Estado como real, sino como un poder jurídico y racional. En esto se funda la convicción de que el orden del Estado es al propio tiempo orden jurídico, y de aquí que la última fuente del mismo derecho es la exigencia, nacida de esta convicción, de que algo sea derecho. De este modo queda expuesto de una manera irrefutable el carácter jurídico del derecho público.

De lo dicho se deduce que entre los hechos reales de la vida del Estado y las normas del derecho público existe una diferencia: todo derecho es norma de juicio y por tanto jamás es idéntico a las relaciones que él juzga. Esto tiene gran importancia, considerado en dos sentidos; en uno de ellos ha sido señalado. En la vida del Estado, las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas. Existen, pues, en el proceso de formación de los Estados, en las revoluciones violentas acaecidas durante la vida de los mismos, épocas en que aparece el orden del Estado ante todo como un poder puramente de hecho que toma después el carácter de poder jurídico cuando ha pasado a la historia o se ha racionalizado en el pensar humano. El derecho, por consiguiente, jamás alcanza extensión bastante para poder resolver los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado. Concebir el sistema del derecho público como un todo cerrado y creer que puede hallarse en él una solución para cada caso no es otra cosa que valerse de una analogía tomada de otras partes del derecho, y que en este caso necesita ser absolutamente rechazada.[22] El dogma que consiste en considerar el sistema del derecho como un todo cerrado sólo vale para aquella parte del orden del derecho en que corresponde al juez decidir finalmente de los casos particulares. El juez está obligado a juzgar de todos los casos que se le someten; pero no sería posible en los conflictos del derecho público una prescripción análoga a la que formula de un modo expreso el código civil para el juez.[23] Sólo cuando se trata de una oposición entre Estado e individuo, o de limitar la competencia de los diferentes órganos de aquél, es cuando puede decidir el fallo de un juez; pero no cuando no está prevista la competencia de los órganos superiores del Estado conforme a la Constitución o estos órganos se niegan a ejecutar las funciones que les corresponde o, por otra razón cualquiera,

[22] Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 297. Laband se atiene a la continuidad del sistema del derecho (IV, p. 537). Véanse, además, Bergbohm, pp. 372-373; Bornhak, *Preuss-Staatsrecht*, III, p. 598. Conformes conmigo, en principio, están: Brie, *Zur Theorie des konstitutionellen Staatsrechts, Arch. f-öff. Recht*, IV, p. 32. Véanse, además, Zitelmann, *Lücken im Recht*, 1903, pp. 27-28, y singularmente las observaciones sumamente interesantes de Hatschek, *Engl., Staatsrecht*, I, pp. 153-154.

[23] Art. 4°: "*Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*".

dejan de llevarla a cabo. En estos casos, el principio que tiene valor es: *summa sedes a nemine judicatus;* y aun cuando existiese algún juez, no habría posibilidad de proveer la sentencia, si se negase el órgano inmediato encargado de cumplirla, a ejecutar lo que le fue dispuesto. El presidente de la República francesa es elegido por mayoría absoluta de las dos cámaras reunidas en asamblea nacional. En la segunda elección de Grévy para la presidencia, quisieron los monárquicos impedir la elección de una manera anticonstitucional.[24] Ahora bien, ¿qué habría sido preciso hacer si la mayoría de la asamblea nacional, entre la que se contaba su presidente, hubiese aceptado la proposición de no llevar a cabo la elección y se hubiese negado, por tanto, a elegir presidente? Acordar una modificación constitucional no era una atribución que por derecho le correspondiese a la asamblea nacional. Para esto habría sido necesario que cada una de las dos cámaras, por separado, la hubiesen acordado y que la mayoría de los miembros de ambas cámaras en asamblea nacional hubiese sancionado la revisión de la Constitución.[25] Supongamos más, supongamos que el ministerio encargado del poder ejecutivo hasta que sea elegido un presidente, presenta su dimisión inmediatamente antes de concluir el periodo presidencial o a la muerte del presidente, y se niega a continuar al frente de los negocios porque no quiere asumir la responsabilidad. ¿Cómo resolvería esta cuestión el derecho público que *no admite discontinuidad (luckenlose)?* ¿A quién corresponde en estos casos, según la ley y el derecho, el poder ejecutivo, y cómo se satisface la exigencia de la Constitución de que se elija un presidente?[26]

Otro ejemplo podemos presentar tomado de un Estado absolutista. Mediante el ucase de Pedro *el Grande*, del 5 de febrero de 1722, dispúsose que poseería el trono de Rusia quien nombrase como sucesor el emperador reinante.[27] Ahora bien, si un emperador ruso muriese, como ha ocurrido varias veces, sin haber nombrado sucesor, ¿quién sería empe-

[24] Schulthees, *Europ. Geschichtskalender,* XXVI, 1886, p. 312.

[25] Loi constitutionelle sur l'organisation des pouvoirs publics, del 24 de febrero de 1875, artículo 78.

[26] Esmein, pp. 492-493, supone otro caso muy interesante, a saber: dado que el presidente perdiese el uso de sus facultades intelectuales sin que quedase la esperanza de que pudiese desaparecer este estado durante el periodo presidencial, en estas circunstancias el ministerio ejecuta las funciones presidenciales: pero llega un día en que pierde la mayoría en la cámara de diputados y rehúsa, por tanto, el continuar al frente del gobierno. En este caso ¿quién nombra al nuevo ministerio? Esmein quiere resolver el problema diciendo que las cámaras habrán de nombrar en este caso un nuevo presidente; pero esto sólo está previsto en la Constitución en el caso de *vacances* de la presidencia, mas no en ese otro caso de que habla Esmein. Nos encontraríamos aquí con una posible modificación inmediata de la Constitución.

[27] Véase Eichelman, *Das kaiserliche russische Thronfolge und Hausgesetz, Archiv. f. öff. Recht,* III, pp. 90-91; Engelmann, *Das Staatsrecht des Kaisertums Russland,* en Marquardsens H. B., p. 11.

rador de Rusia según este derecho público que pretende no tener laguna alguna?[28]

El dogma que considera el sistema del derecho como una unidad cerrada desconoce la relación fundamental entre derecho y Estado. Todo derecho tiene un límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado. Por esto puede aniquilar el derecho una modificación de los fundamentos de la vida del Estado; pero el derecho no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino. Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del derecho de la legítima defensa de aquél, lo que no es sino otra expresión para indicar cómo la fuerza va antes que el derecho.[29] El hecho de las revoluciones, sean llevadas a cabo por los gobernantes o por los gobernados, no puede medirse en general con el criterio de un orden jurídico, a menos de juzgar la historia según los artículos del código penal. La posibilidad de estos hechos, que están completamente fuera del orden del derecho, jamás podrá evitarse por medio de leyes, y aun en el orden jurídico más perfecto pueden existir lagunas constitucionales, que en casos dados sólo es posible llenar mediante la relación real entre fuerzas.[30]

La jurisprudencia puede venir después y, con la ayuda de la dialéctica, probar que el hecho consumado lo fue conforme a derecho. Lleva a cabo, por consiguiente, un ensayo de racionalización de hechos, ensayo enteramente semejante al que llevó a cabo el derecho natural y que con tanto celo y pasión fue combatido. ¡Cuánto esfuerzo se ha derrochado inútilmente para probar que la falta de presupuestos en la administración prusiana, en los años de 1862 a 1866, fue, hasta cierto punto, enteramente legal! La jurisprudencia inglesa nos ofrece un ejemplo clásico que muestra cuán lejos puede ir este celo por la justificación. Ha interpretado la deposición y huida de Jacobo II no sólo como abdicación, sino creando con este hecho, inmediatamente, un precedente para casos análogos. Blackstone dice: "Si un príncipe tratase de violar la Constitución y las leyes fundamentales del reino mediante una ruptura del contrato originario entre el príncipe y el pueblo, y se ausentase del reino, entonces podemos considerar este conjunto de circunstancias como una abdicación, y al trono, en este caso, como vacante".[31]

Las lagunas jurídicas aparecen sólo en casos excepcionales y tienen

[28] Pedro *el Grande* y Pedro III murieron sin haber nombrado sucesor. Se consideró a Catalina I nombrada tácitamente por aquél; en tanto que Catalina II sube al trono después de haber sido depuesto su esposo, sin la menor apariencia de fundamento jurídico.

[29] Véanse las observaciones excelentes de G. Anschutz en *Verwaltungsarchiv*, v, pp. 22-23.

[30] Así también lo cree Zitelmann, *Lücken im Recht*, p. 32-33.

[31] I, p. 239.

siempre la tendencia a ser salvadas, bien mediante la introducción de instituciones que conozcan de estas cuestiones contenciosas o, cuando esto no es posible por la naturaleza de la cosa, mediante la conversión de lo real en normativo. Por esto, las revoluciones y la ruptura de las constituciones son puntos de partida para nuevas formaciones del derecho. Pero aun en los momentos de mayor confusión sólo queda en suspenso o es completamente aniquilada una parte del orden jurídico del Estado, en tanto que la mayor parte de las instituciones legales funcionan en estos casos. La plena anarquía no tiene sentido cuando se trata de un Estado de cultura desarrollado. En Francia se ha creado, para los fines de la continuidad del derecho, una categoría común con que se designan los distintos actos de los que rigen el poder, ya sea de un modo legítimo, ya revolucionario. Rey, emperador, presidente, todos caen dentro de la denominación de *chefs de l'état,* de suerte que todos ellos, cualquiera que sea el título sobre el que descanse el poder que ejercen, entran, inmediatamente que reciben el poder, en el círculo de la acción legal de sus predecesores, prescindiéndose, naturalmente, de las nuevas diferencias jurídicas constitucionales.

Las precedentes observaciones nos dan a conocer los límites jurídicos en la investigación del derecho público. Esta investigación se extiende tanto como el dominio del juez, pues todo derecho es de naturaleza práctica y necesita afirmarse de algún modo en la vida y poderse mantener en ella.

Bajo el nombre de juez se ha de entender aquí toda instancia de índole contenciosa, bien corresponda al que estrictamente se le llama juez, bien a un tribunal extraordinario de justicia, establecido por el Estado, bien a un tribunal arbitral. También existe un juez cuando las cámaras parlamentarias juzgan de una cuestión de derecho que jurídicamente no puede ser juzgada por ningún otro órgano superior, como acontece por ejemplo en la aprobación de la elección de un diputado o cuando hay necesidad de mantener la disciplina parlamentaria. Otra cosa es lo que ocurre cuando se ha de obrar sin tener que atenerse a principios de derecho, sino que la competencia de los órganos del Estado encuentra su limitación en su poder recíproco. No nos parece necesario indicar que este caso sólo puede referirse a los órganos superiores del Estado.

Se ha afirmado muy a menudo que la verdadera Constitución de un Estado, en oposición a la escrita, descansa en las mutuas relaciones de fuerza de los factores particulares del Estado. Esta afirmación general es justa e injusta a la vez según la concepción que se tenga respecto a cuál es la naturaleza de la fuerza y qué se entiende por ésta.

Tal fuerza no es la fuerza física, pues hemos visto durante siglos dominar sosegadamente una pequeña minoría a una gran masa. Tampoco

esta fuerza es fuerza económica, pues el influjo de la clase trabajadora, por ejemplo, en el Estado inglés, es muy escaso, no obstante su número y significación. Los socialistas están en el parlamento de este país casi sin representación. De modo muy distinto a lo que ocurre en los Estados continentales, Inglaterra no ha llegado a ver disminuir de una manera ostensible el influjo de sus clases sociales directoras, a pesar de las transformaciones poderosas que ha sufrido la organización de su Estado en el curso del siglo XIX.

La fuerza, pues, de que hablamos, es en parte una fuerza ética e histórica. La autoridad adquirida mediante usos y costumbres, por individuos y clases sociales, se manifiesta también en la organización del Estado, en la firmeza que adquieren determinadas instituciones del mismo. No radica en la letra de la Constitución la fortaleza de la monarquía prusiana y la debilidad de la belga, sino en los distintos fundamentos históricos en que ambas monarquías se apoyan.

Pero lo más importante para las recíprocas relaciones de los órganos superiores del Estado, es la *fuerza jurídica* que les corresponde. La esencia de esta fuerza necesita una explicación detallada.

Todo derecho concede a aquel que está investido del mismo una parte del poder social, esto es, la posibilidad de influir sobre la conducta de los demás hombres. Si este poder ha de usarse y para qué fines, no puede determinarlo con precisión el derecho; más bien puede decirse que entran aquí en juego las fuerzas individuales que limitan el orden jurídico, pero a las que no puede servir de guía.

Que esta fuerza jurídica influye en grado sumo en la vida de la sociedad, no necesita explicarse más ampliamente en este lugar. Gracias a ella, el derecho desempeña una función reguladora de las luchas sociales que sin interrupción tienen lugar.

Pero también para la vida del Estado es de gran importancia la fuerza del mismo; porque el derecho público concede también a todo titular de un derecho, un cierto *quantum* de poder, el cual podrá ejercer, conforme a sus intereses, arbitrariamente. De aquí que los titulares de un derecho público sean a su vez titulares de un poder del Estado. La vida política de un pueblo descansa, en no escasa medida, en la división del poder jurídico.

Esto vale también cuando se trata de la competencia de determinados órganos del Estado, la cual competencia es el fundamento no sólo de deberes, sino de reglas que de un modo necesario sirven de base al poder jurídico del titular de un órgano. No se ofrece con claridad cuando se trata de órganos subordinados porque éstos obran conforme a reglas sólo en cuanto estas reglas son capaces de hacerlos actuar libremente y sin fiscalización. Pero no sucede así cuando se trata de los órganos superio-

res del Estado, cuya condición, en general, solamente puede reglarse mediante una división del poder.

Este poder tiene límites según la Constitución, dentro de los cuales le es dado obrar libremente; pero puesto que en el orden jurídico mismo no hay garantías ofrecidas que aseguren que este poder se ejercerá sólo de un determinado modo, nadie puede, en consecuencia, fijar la dirección en que obrará aquel poder, ni el titular del mismo. La doctrina inglesa de *checks and balances*, la francesa de la división de poderes, la alemana del Estado del derecho, todas ellas se proponen como fin último, fijar límites a la arbitrariedad inevitable de los órganos supremos del Estado.

El ejercicio del poder jurídico puede crear situaciones que se desvíen de las normas escritas o no escritas en la Constitución o en la ley. En estos casos puede emitirse un juicio lógico acerca de la no conformidad con la norma, pero no un juicio jurídico, porque precisamente falta en esta ocasión, como habrá de faltar siempre, un juez. Una situación adviene contraria al derecho cuando un órgano del Estado traspasa los límites jurídicos que expresamente le ha impuesto la ley, de tal suerte que impida el funcionamiento legal de otros órganos; pero para este caso existe aun la posibilidad de una decisión jurídica; mas si no existiese en el derecho concreto un recurso contencioso, entonces las relaciones reales de poder entre los órganos crearían situaciones contrarias al derecho, que podrían ofrecer ocasión para una nueva formación jurídica. No nace el nuevo derecho siguiendo el camino de la legalidad, sino también uno contrario a ella. El ejemplo que más resalta acerca de esto nos lo ofrecen las leyes que formalmente son incontestables, pero que desde el punto de vista material son contrarias a la Constitución. Si a los principios jurídicos que señalan los límites les faltan las garantías prácticas, entonces puede tener la misma significación e importancia que el poder jurídico el poder antijurídico o ilegal, que como consecuencia de aquella situación se crea. La Constitución de un Estado, hállase, pues, en una posición de equilibrio inestable, y depende completamente de las relaciones sociales el que el equilibrio se mantenga o que se lleve a cabo una modificación, así como el sentido en que ha de realizarse ésta.

Las situaciones contrarias al derecho pueden ser pasajeras y entonces no crean derechos nuevos. Un ejemplo interesante de esta naturaleza tomado de la historia moderna es el que ofrece la obstrucción parlamentaria cuando está ejercida por medios ilegales.

El derecho nuevo se crea mediante un poder constitucional pero que funciona de un modo contrario al derecho. Este caso tiene lugar cuando un órgano del Estado o varios en conexión juzgan por sí mismos de su competencia y lo hacen de una manera ilimitada.

Así acontece cuando el poder constituyente y el poder legislativo son el

mismo o cuando no hay quien pueda juzgar y decidir si los órganos que representan al poder constituyente y legislativo han traspasado sus límites jurídicos. El que se mantengan dentro de estos límites tiene su garantía en la voluntad normal del órgano en cuestión, y esta voluntad existirá por lo común, siempre que las fuerzas sociales que influyen sobre la actividad del Estado le sean favorables.

Éste es el caso, por lo demás, siempre que un órgano único e ilimitado puede decidir sobre su propia competencia. Cuando un tribunal superior traspasa los límites legales, encuéntrase el legislador en situación de oponer a este comienzo de transgresión limitaciones más fuertes. Las garantías jurídicas contra el uso ilegal del poder jurídico ilimitado de los monarcas, parlamentos y asambleas populares, sólo pueden encontrarse en la voluntad de estos mismos cuando se hacen normales. La conformidad a la norma o la transgresión de ella dependen, pues, de las fuerzas sociales sobre las que se basa el orden jurídico, y de la fortaleza de la oposición que pueden presentarle los titulares de aquellas fuerzas. He aquí un punto en que el hecho obra con este doble carácter: con el de destructor del derecho y creador del mismo. Estas revoluciones lentas e imperceptibles que pueden transformar en el curso de la historia los fundamentos de los Estados ofrecen un espectáculo sumamente instructivo, en especial para el investigador del derecho público en cuanto muestra a éste el fin de su investigación.

b) El Estado y la formación del derecho

La segunda cuestión que ha de contestarse aquí es la siguiente: ¿qué situación corresponde al Estado respecto del derecho que dentro de sus límites se forma?

Nos encontramos, pues, con la antigua cuestión tan discutida de saber si existe un derecho anterior al Estado. Esta cuestión, no aclarada aún,[32] arranca de una falta de claridad interior, pues supone como evidente un concepto ampliamente desarrollado del Estado, y por esto mismo hace confuso el problema. Si se entiende por Estado la comunidad política de los pueblos modernos, entonces es indudable que existe un derecho anterior a aquél. Pero si se concibe el Estado dinámicamente y se le define como la más alta asociación autoritaria que una época conoce, entonces la respuesta ha de ser muy distinta.

Pero una cosa queda fuera de toda discusión, a saber: que el derecho

[32] La prioridad del derecho la admiten aún hoy, entre otros, B. Kohler, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, VIII, 1887, p. 323; Haenel, *Studien zum deutschen Staatsrecht*, II, p. 217. El origen simultáneo del derecho y del Estado es defendido por Gierke, *Zeitschr. f. d. gesamte Staatswissenschaft*, XXX, 1874, pp. 179-180.

es una función exclusivamente social y por esto tiene como supuesto la comunidad humana. El propio derecho natural, que partía del individuo aislado, hacía nacer el derecho de una variedad de hombres. El derecho supone además —ya que jamás ha existido en la historia una comunidad completamente desorganizada— grupos sociales, aunque no estén organizados por vínculos estrechos. Toda comunidad terrena organizada, que no tenga asociación alguna sobre sí, es Estado. Esta nota es la única que une los comienzos rudimentarios de la evolución política con los Estados soberanos actuales. Jamás ha dejado de existir esta forma embrionaria de Estado y aún hoy puede observarse en aquellos pueblos que tienen una vida social mínima. Cualesquiera que hayan podido ser las formas primitivas de existencia de la comunidad humana, nunca podrá probarse que los hombres hayan vivido, ni en la época prehistórica ni durante la historia, en la forma de una mera yuxtaposición atomística. Comprendido el Estado de esta manera, no ha existido jamás un derecho que lo preceda. Las organizaciones primitivas son los únicos poderes que en estos grados de cultura pueden dar a las normas vividas como derecho, las necesarias garantías exteriores para su realización.

Con esto no quiere decirse de ningún modo que todo derecho haya sido cosa que se deba a la evolución del Estado. Sólo allí donde hay una asociación única será éste la fuente única del derecho o de la realización del mismo, a causa de la necesidad de una organización social para la existencia y mantenimiento del orden jurídico. Pero más frecuentemente el derecho nace primero dentro del círculo de las pequeñas asociaciones para extenderse más tarde a otras más amplias. El derecho antiguo de los pueblos civilizados de Occidente se ha desarrollado en la familia, estrecha o amplia, así como también la religión, íntimamente enlazada con los comienzos de toda comunidad, se convierte en culto de familia y progresa hasta ser culto de una tribu.[33] El derecho público tuvo en la época del origen del Estado en los pueblos arios —formación muy superior a las que le habían precedido— más bien el carácter de un derecho federal de una variedad de familias, la autonomía de las cuales persevera en aquel orden de cuestiones que no cae dentro de este derecho federal.[34] Igual sucede más tarde con los miembros de Estados más complicados. Allí donde el Estado es fruto de raza que, o son iguales en derechos o alguna de ellas se considera sometida, suele dejarse un gran margen a cada uno de los miembros en la formación autonómica del derecho. Los antiguos y nuevos reinos no han podido ni pueden subsistir sino permitiendo, en una determinada medida, a los pueblos sometidos que conserven su derecho. En los tiempos en que el poder del Estado estaba poco

[33] En relación con los arios, véase H. S. Maine, *Ancient Law,* 14ª ed., pp. 166-167.
[34] F. de Coulanges, pp. 127-128.

desarrollado, tuvieron las asociaciones antiguas y de nueva formación una gran intervención en la formación y realización del derecho. Pero en el Estado existe una tendencia para someter a sí todos los medios de poder de las asociaciones que le están subordinadas, y el proceso que se inicia de esta suerte termina haciendo del Estado el único tenedor del poder de autoridad. De este modo adviene no tanto la formación del derecho cuanto la protección del derecho reglado, cuestión del Estado. El poder judicial pasa exclusivamente a manos de éste y toda jurisdicción es por ello, últimamente, o propia de él o prestada por él. Por consiguiente, adviene a la postre, derecho del Estado, el regular el derecho que ha de tener validez dentro de los límites de su dominio. De suerte que en el Estado moderno, todo derecho o es creado por el Estado o permitido por él.

También existen hoy una multitud de asociaciones que, independientemente del Estado, establecen su derecho. Tales son: la Iglesia y todo género de sociedades.[35] A este derecho no estatista tampoco están aquéllas sometidas jurídicamente, es decir, que no caben dentro del concepto de la coacción jurídica las garantías sociales en que se subsumen en mayor o menor medida. Tal derecho puede hacer que se realice la coacción jurídica, pero ésta corresponde exclusivamente al Estado como una emanación de su poder soberano. De aquí que el derecho de asociación, frente a los miembros de la misma, sólo pueda mediante la prestación de la fuerza del Estado o el reconocimiento de la autonomía de las mismas por parte de éste obligar a los miembros de la asociación, y únicamente por obra de la voluntad del Estado puede tener el derecho de asociación el carácter de derecho objetivo frente al Estado, es decir, valer como una parte misma del orden jurídico del mismo. La creación de un derecho de asociación objetivo es hoy de la exclusiva competencia del Estado.

c) La obligación del Estado respecto a su derecho

El orden jurídico del Estado es derecho para los que están sometidos a él. Ahora bien, ¿es derecho para el Estado mismo?[36]

[35] Véase sobre el derecho canónico las detalladas observaciones que he hecho constar en mi obra *System*, pp. 259-260. La sustantividad del derecho canónico ha sido puesta de manifiesto con sumo acierto por M. Stutz, *Die kirchliche Rechtsgeschichte*, 1905, pp. 11, 37-38.

[36] Para Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 44, no existe este problema, porque siguiendo en esto las huellas de Gierke, admite que el Estado nace con el derecho y en el derecho, y por consiguiente que sólo en él puede vivir. Contradicen esta teoría las revoluciones violentas y las formaciones igualmente violentas de los Estados en la Edad Moderna, ninguna de las cuales es posible explicar mediante las anteriores afirmaciones. La realidad histórica es el tropiezo para todas aquellas especulaciones que lejos de resolver una de las cuestiones más difíciles de la doctrina del derecho, la soslayan. Además, Seidler, en la p. 41, dice que el derecho es la organización llevada a cabo por el Estado por la fuerza de su voluntad y que puede hacer

Partiendo de la afirmación de que el Estado puede con derecho modificar toda norma jurídica, consideran aún hoy muchos que el Estado no puede ser obligado mediante su derecho. En el derecho público existen, ciertamente, imperativos para los órganos del Estado; pero el Estado mismo, añaden, no puede ordenarse a sí mismo.

Para resolver esta cuestión es preciso dejar a un lado aquellos mezquinos instrumentos de trabajo de los aprendices de jurista, únicos que saben emplear muchos de los que se ocupan de este problema.[37] Pues esta cuestión es, para usar una expresión que he propuesto, de naturaleza *metajurídica.*[38] Mas de que sea satisfactoria la respuesta a esta cuestión, depende la posibilidad de todo derecho público, y por consiguiente de todo derecho en general.

Veamos ante todo la consecuencia de la doctrina que considera el Estado incapaz de quedar ligado y obligado a su derecho.

De ella se deduce que aquello que aparece como derecho al súbdito, como individuo, o al titular de un órgano del Estado, no es derecho para el propio Estado. Si se cambia la situación y se mira desde lo alto del Estado a las profundidades del derecho, sucederá, pues, que no se verá nada; porque todo derecho se convierte para el Estado en no derecho, es decir en nada, jurídicamente; en algo a que es y permanece extraño, pero que lo impone a sus súbditos, y por consiguiente lo hace valer para ellos como derecho.

Esta concepción sólo puede llevarse a cabo en una ordenación jurídica

observar mediante su autoridad. A este derecho ampliamente desarrollado, jamás está ciertamente sometido el Estado; pero lo que Seidler tiene ante la vista es una situación psicológica que no ha llegado a ser derecho, y que puede devenir tal mediante el apoyo de un Estado nacido tal vez por obra de un poder sin fundamento jurídico.

[37] Se me permitirá mencionar mis trabajos anteriores, relativos al problema tan discutido hoy, singularmente en la literatura francesa, acerca de la autoobligación del Estado. Esta doctrina tiene defensores enérgicos. La polémica de nuevo entablada no aporta nada que no hubiera sido ya examinado. *(Die rechtliche Natur der Staatenverträge,* pp. 9-10). La cuestión sigue manteniéndose en la superficie del problema y se renueva la objeción del derecho natural acerca de la imposibilidad de obligarse a sí mismo el Estado en cuanto es concebido como persona aislada. Puede encontrarse en Duguit una crítica moderna muy minuciosa, *L'État,* I, pp. 110-111, y en Hold v. Ferneck, *op. cit.,* pp. 186-187. Para este último (pp. 73-74), el poder ético del individuo es algo que viene de fuera, y todo deber va unido a la coacción; por lo cual, el deber es en todo momento un mandamiento extraño al individuo. Desde este punto de vista, en el que aparece rechazada toda autonomía moral, y por consiguiente toda ética, deja de existir, asimismo, toda autoobligación de cualquier clase que sea. Pero igualmente deja de ser posible toda fundamentación de los últimos problemas morales y jurídicos, a no ser sometiéndolos al poder fatalista de una potencia divina o física; este ensayo que a menudo se ha hecho, siempre ha fracasado. Véanse las acertadísimas observaciones de M. E. Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen,* 1903, p. 35, núm. 6.

[38] Véase *Die rechtliche Natur der Staatenverträge,* p. 3, núm. 3. He mostrado en la obra antes citada, pp. 14-15, que la autoobligación del Estado es el último fundamento jurídico de su obligación; pero de ningún modo representa la causa última real de ésta. Los límites que se pone a la jurisprudencia no son siempre idénticos a los de la ciencia.

estrictamente teocrática. Sólo un dios, o un monarca venerado como un dios, es el que puede hacer reconocer como inmutables e indiscutibles las decisiones de su voluntad e imponerlas como normas de acción a todos, a excepción de sí mismo.

Pero es muy distinto lo que ocurre cuando el Estado procede según reglas jurídicas establecidas, reglas que a su vez sólo de una manera jurídica pueden ser modificadas. Estas reglas contienen en sí la obligación de los órganos del Estado; con lo cual queda sometida a obligación la actividad de aquél en sí mismo, ya que la de los órganos del Estado lo es de este mismo que no puede ejercer una actividad que no esté realizada mediante un órgano. Ofrece esta regla, además, a los súbditos, la seguridad de que los órganos del Estado quedan obligados a proceder según la regla. No significa el código penal exclusivamente una dirección para el juez, ni el derecho financiero una instrucción para los agentes de impuestos, sino que llevan consigo al propio tiempo aquél y éste una garantía, cual es, la de que sólo ha de procederse conforme a estas leyes. Todas las normas llevan consigo esta afirmación: que habrán de ser guardadas y tenidas por inviolables, en tanto que no sean derogadas conforme a derecho. Sobre esta confianza en la invulnerabilidad del orden jurídico se apoya en gran parte para cada individuo, la necesidad de calcular sus acciones y las consecuencias de las mismas. Es ésta una condición constante para la evolución de la cultura, porque sólo ella crea la seguridad social, sin la cual las relaciones entre los hombres apenas si habrían podido elevarse sobre el bajo nivel de sus comienzos.[39]

Acompaña, pues, a todo principio de derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al derecho. La orden dada por el Estado a sus órganos de ejecutar las disposiciones jurídicas no es puro arbitrio de aquél, como acontece en la teoría opuesta si quiere ser consecuente consigo misma, sino que se trata de cumplir un deber; el Estado se obliga a sí mismo en el acto de crear un derecho respecto de sus súbditos, cualquiera que sea el modo como el derecho nazca, a aplicarlo y mantenerlo.

Esta forma de quedar obligada la voluntad por una declaración que ella misma hace, es decir, por un acto de carácter unilateral, no la desconoce el derecho privado. Los antiguos reconocieron que la promesa, incluso cuando no es aceptada por la otra parte, puede ser fundamento de obligación.[40] El acto unilateral es aquel mediante el cual pueden ser creadas

[39] La doctrina de Ihering, *Zweck im Recht*, I, pp. 337-338, en la que supone que las normas jurídicas se aplican formalmente sólo a los órganos del Estado, conduce a este resultado: que aquéllas obran sólo dentro de los límites de la organización del Estado, pero no producen el derecho. En oposición a esta doctrina, véanse las acertadas observaciones de Merkel, *Ges. Abhandlungen*, II, p. 586, 1899, y más detalladamente, M. E. Mayer, *op. cit.*, pp. 38-39.

[40] El mismo derecho clásico ha reconocido la fuerza obligatoria de la *pollicitatio* y del

todas las relaciones jurídicas entre una asociación y sus miembros. Pero es preciso no pensar inmediatamente en el Estado. Las decisiones tomadas por una sociedad conforme a sus estatutos constituyen una norma unilateral para sus miembros, que obliga no sólo a éstos sino a la misma sociedad. El Estado se diferencia de estas asociaciones sólo en que el orden jurídico que lo obliga por declaración de su voluntad, es su propio orden jurídico.

Mediante un conocimiento así adquirido nos es posible la representación de los derechos y deberes del Estado. Quien rechace esta posición puede reconocer tan sólo una relación de fuerza entre el Estado y el individuo, pero no una relación jurídica entre ellos.

La construcción jurídica de esta clase de relaciones en el Estado habrá de ser objeto de nuestra atención en otro lugar, habiendo de ocuparnos aquí exclusivamente de sus raíces psicológico-sociales.

El fundamento último de todo derecho radica en la convicción inmediata de su obligatoriedad, de su fuerza determinante y normativa. Las tres características que hemos dado anteriormente del derecho concuerdan en un punto, a saber: en que se trata siempre en ellas de normas y éstas no significan jamás nada que venga exclusivamente de fuera, sino que necesitan descansar en una propiedad del sujeto para que de este modo pueda ser reconocida como legítima por aquél. De aquí que se trate finalmente de una convicción condicionada por la situación general de cultura en un pueblo, de lo cual depende el que la exigencia de la conservación de algo en norma llegue realmente a poseer este carácter en un momento dado.

La cuestión consiste, pues, en último lugar, en saber si dada la concepción de una época determinada, está o no obligado el Estado mismo por las declaraciones abstractas de su voluntad, y en caso de que lo esté, en qué medida. Mas esta cuestión es una cuestión histórica que no puede ser resuelta mediante fórmulas de valor universal. Sólo cabe afirmar con entera seguridad que en el Estado moderno cada vez se hace más viva la convicción de la obligación que une al Estado con su derecho. Un fenó-

votum (véase *D. de pollicit.*, 50, 12), a pesar de que esto contradice su concepción fundamental respecto del origen de las relaciones obligatorias, nacidas por declaraciones de voluntad. Siegel, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht*, 1873, pp. 45-46, ha hecho ver que no tiene nada de ilógico la posibilidad de que nazca obligación por una promesa unilateral, y además que existen en el derecho moderno en gran medida. Ha de desecharse la objeción formalista de que la obligación del individuo descansa en la voluntad superior del orden jurídico del Estado y que esto, por tanto, no prueba nada respecto a la posibilidad de la autoobligación del Estado. Lo que se trata de probar más bien con esto es que la obligación de una persona por declaración unilateral, no contradice en modo alguno nuestras convicciones jurídicas, las cuales, como hemos visto en otro lugar, son la fuente más profunda de donde mana todo derecho, incluso cuando se trata del Estado, y forman, por tanto, el fundamento para el conocimiento de los derechos y deberes del Estado.

meno de gran importancia permite ver esto con claridad. Este hecho había sido negado durante largo tiempo, y como con los medios del conocimiento jurídico no podía ser concebido, fue abandonado por largo tiempo a las explicaciones del derecho natural. El punto de partida de la evolución actual es la afirmación, tan enérgicamente representada por los absolutistas, de que todo acto del poder supremo del Estado es por su esencia conforme a derecho, de donde se deduce que jamás puede este poder supremo realizar una injusticia. A este principio correspondió la práctica, y en verdad, no sólo en las monarquías absolutas. Es muy instructiva para ver la concepción originaria de la ilimitación del poder del Estado la institución inglesa del *bill of attainder* y del *bill of pain penalties*[41] tal como frecuentemente se aplicaba en los siglos XVI y XVII, y cuando, en casos de importancia política, no se lograba condenar mediante el procedimiento ordinario en derecho a una persona que se reprobaba, entonces se presentaba al parlamento con la fórmula *pro re nata,* según expresión de los juristas ingleses, un *bill* de condena, que frecuentemente era el que creaba el delito al cual se imponía castigo, y una vez votado por el parlamento pasa a la sanción real y se lleva a la práctica una vez obtenida ésta.[42] Muy frecuentemente no era llamado ni una sola vez el acusado al parlamento.[43] Estas manifestaciones de la omnipotencia del parlamento jamás han sido derogadas de una manera expresa en Inglaterra, y si bien en ocasiones se han levantado contra ella muchas voces de los juristas, no ha sido combatida su legalidad.[44] No hay duda alguna de que uno de estos *bill* habría de ser considerado hoy como un acto de injusticia notoria, como un abuso de las formas jurídicas y no meramente como un *jus iniquum.* Estas leyes vulnerárían, dadas las actuales concepciones del derecho, los principios jurídicos reconocidos como bases del derecho inglés. Están en contradicción con aquella parte de la *common law,* de la que a menudo dicen los ingleses que no podría cambiarse ni siquiera por un estatuto del parlamento. Los americanos han

[41] La primera castigaba con pena de muerte, y la segunda con una pena menor. Véanse los artículos concernientes a esto en *Law-Lexicon* de Wharton, 6ª ed., 1892. Sobre estas mismas leyes, véase Blackstone, que lo trata más ampliamente en los *Commentaires,* IV, pp. 450-451; Fischel, *Die Verfassung Englands,* 2ª ed., 1864, pp. 458-459; y H. Cox, *The Institutions of the English Government,* 1863, pp. 227-228, 465-466.

[42] El caso más famoso de un *bill of attainder* fue el que condenó a muerte al conde de Strafford el año 1640, después de haber retirado los comunes la acusación penal que habían presentado contra él. El último ensayo de un *bill of pain and penalties* fue dirigido contra la reina Carolina, esposa de Jorge IV (1820), por causa de adulterio; pero este *bill* fue retirado al pasar a la cámara de los lores y antes de que la cámara de los comunes se hubiese ocupado de ello.

[43] Singularmente bajo Enrique VIII, en cuyas manos el arma del *bill of attainder,* que esgrimida por el parlamento era flexible, advino en un instrumento de terror.

[44] Cox, *op. cit.,* p. 302, habla de ella como de una institución jurídica aún en vigor.

dado expresión a esta convicción jurídica moderna, prohibiendo expresamente el *bill* penal en su Constitución.[45]

Estos casos enseñan, incluso a los que mantienen una opinión contraria, que en un alto nivel de la evolución jurídica también puede ser valorado jurídicamente aquel aspecto de la actividad del Estado que crea derecho. El acto de creación de derecho, incluso cuando lo es conforme a éste, puede encerrar en sí una vulneración del mismo. Ofrecen un ejemplo de esto las leyes contrarias a la Constitución dadas en aquellos Estados que no reconocen al juez derecho alguno para apreciar la conformidad material de las mismas con la Constitución.[46] No menos susceptibles de un juicio de revisión son otros actos supremos de la voluntad del Estado, además de aquel que, aunque conforme a derecho, contiene en sí una transgresión del mismo. La acción de juzgar y condenar jurídicamente, aun cuando no es suficiente para cambiar las consecuencias jurídicas del juicio, ofrece una nueva prueba de aquel admirable hecho fundamental de la vida del derecho, consistente en que lo ilegal, la transgresión del derecho, pueda crearlo.

La idea de la autoobligación del Estado respecto a su derecho ha desempeñado un papel importantísimo en la formación del constitucionalismo moderno. No sólo trata éste de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad, sino que trata de refrenarlo muy especialmente mediante el reconocimiento de derechos individuales garantidos. Esta garantía consiste en otorgar el carácter de inmutables a los derechos protegidos.

No tenemos para qué investigar en este lugar hasta qué punto la inmutabilidad de los derechos fundamentales garantidos conforme a la Constitución tiene alcance práctico. En todo tiempo, y hoy más, indudablemente, han existido en el derecho de los pueblos cultos, algunos puntos fundamentales que han estado sustraídos al arbitrio del legislador. Estos puntos fundamentales vienen a representar el precipitado de la total evolución histórica de un pueblo, tal como se ha mostrado constantemente en las instituciones jurídicas, en cuanto condición permanente de su existencia histórica. Los fundamentos del derecho penal, por ejemplo, son en conjunto siempre los mismos. La severa amenaza de los ataques a los bienes jurídicos más importantes no puede depender del capricho del Estado. La declaración de irresponsabilidad para el asesino queda

[45] Constitución de los Estados Unidos, art. 1°, sec. IX, 3.

[46] El caso práctico de más importancia sería el de una ley especial que estuviese en contradicción con reglas jurídicas generales y conformes a la Constitución, o el caso de una determinada expropiación individual que no fuese acompañada de indemnización, como por ejemplo una incorporación al Estado de un ferrocarril, o la confiscación de bienes dirigida contra una persona o clase determinada, que proponen a menudo los partidos políticos en épocas de gran agitación.

siempre como algo que está fuera de las posibilidades reales de la legislación. Y si, no obstante, lo hiciese un legislador, inmediatamente se encargarían de la función de la pena, si bien en forma irreglada, otras fuerzas sociales que el legislador no puede dominar.

Si se abandona, pues, el punto de vista jurídico puramente formal, con el que se suele operar, así como la representación auxiliar de un poder del Estado, omnipotente e infalible, resulta una división del derecho en parte constante, o sólo muy lentamente transformable, y en parte variable. En la primera se reconoce de un modo expreso o tácito la cultura total de un pueblo, y constituye, por consiguiente, una medida jurídica para juzgar los actos voluntarios del Estado, incluso los que formalmente son inatacables; por esto puede considerarse, no sólo erróneas una ley o una decisión judicial, a pesar de ser irrevisables según derecho, sino además injusta. Esté dada, pues, gracias a esto, una dirección *de lege ferenda,* pero no para aquella escuela, según la cual el poder legislativo no queda obligado a la acción legislativa en sí misma, a pesar de la convicción que tienen de la libertad legislativa. Finalmente, es posible fundamentar, gracias a estos elementos constantes, la posibilidad de los deberes del Estado, concepción que, partiendo de la idea absolutista del Estado, siempre viva, tendría que rechazarse si se hubiera de ser consecuente.

d) El Estado y el derecho internacional

La comprensión del Estado, puesto que se basa modernamente en el estudio de sus relaciones con el derecho, exige para que sea completa, el estudio de las mismas con la rama más joven del orden jurídico, constituida por el derecho internacional.

Los Estados del viejo Oriente y del mundo antiguo no llegaron a alcanzar más un derecho internacional, aunque los romanos conociesen el concepto y la palabra y a pesar de las tentativas derivadas de la necesidad de relaciones que unos con otros hubieron de mantener. Los más grandes pensadores griegos atribuyeron al Estado al tratar de la doctrina de éste, la autarquía, y después en la doctrina estoica del estado mundial aceptada por los romanos, fue considerado éste —el Estado mundial— como el que correspondía a la realización del concepto Estado, lo que muestra que el mundo antiguo no llegó a tener conciencia de la posibilidad de un orden jurídico para una pluralidad de Estados. Por vez primera aparece la idea, la conciencia, de un derecho internacional, en el mundo de los Estados cristianos, a causa de estar unidos éstos entre sí mediante una pluralidad de elementos culturales que fueron elevados a unidad en la Edad Media, por obra de la Iglesia. Ocurre esto, al princi-

pio de la Edad Moderna y de un modo más significativo desde la paz de Westfalia y con una extensión inesperada durante el siglo pasado. Este derecho internacional es el derecho que obliga a los Estados en sus relaciones internacionales, un derecho, por tanto, que se opone al Estado cuando obra fuera de sus fronteras, y vale por consiguiente como derecho objetivo.

Es muy discutida la posibilidad y existencia del derecho internacional. Es evidente que habrá de ser rechazado por aquellos que exclusivamente tratan el problema partiendo de los antiguos principios civilistas; pero la decisión última acerca de su existencia corresponde a las comunidades para las cuales debe valer, esto es, para los Estados. Si éstos reconocen al derecho internacional como un derecho que los obliga, entonces existe para él lo que forma la naturaleza psicológica de todo derecho, la más firme base de existencia del mismo, y que este reconocimiento existe por parte de los miembros de la comunidad de los Estados, no puede ser ya hoy discutido.[47]

Pero no sólo posee el derecho internacional los caracteres fundamentales del derecho, sino la totalidad de las demás notas de éste. La distinción esencial entre el derecho internacional y el derecho del Estado particular radica en que en aquél no existe regulada ninguna relación entre superior e inferior, sino que se trata de relaciones de coordinación, pues las autoridades que ponen el derecho internacional y los sujetos que están obligados a su cumplimiento son los mismos, a saber: los Estados. En esta relación de reciprocidad ha ejercido su influjo usual, como ocurre en los demás órdenes del derecho, el elemento histórico. El hecho de la observancia de determinadas reglas en las relaciones internacionales ha dado fuerza a la idea de que eran jurídicamente obligatorias. Además hay acuerdos expresos entre los Estados, por medio de los cuales se da satisfacción a las exigencias racionales que tienen fuerza para la creación del derecho, esto es, *de lege ferenda*, y han facilitado de este modo el desarrollo jurídico internacional.[48]

[47] Véanse las observaciones detalladas acerca de esta cuestión en mis anteriores trabajos, *Die rechtliche Natur der Staatenverträge*, pp. 46-47, y *System de subj. öff. R.*, pp. 29-30. De la literatura más reciente que participa de mi opinión, puede verse Ullmann, *op. cit.*, p. 3; y V. Liszt, *op. cit.*, p. 3; Heilborn, *Enzyklopädie* de Kohler, II, p. 978.

[48] Triepel trata de fundamentar el derecho internacional exclusivamente sobre el acuerdo entre los Estados *(Völkerrecht und Landsrecht*, pp. 63-64); pero mediante esta concepción, todo el derecho internacional queda en el aire. La existencia de un orden internacional que por sí mismo presta fuerza a todo acuerdo no puede a su vez fundarse de nuevo, como el propio Triepel reconoce, sobre el acuerdo mismo. El comienzo del orden internacional no puede de ningún modo ser colocado en paralelo con la creación primaria de un nuevo derecho político al fundarse un Estado, pues en estos casos, los hombres que han formado la convicción jurídica, que es la que sirve de fundamento, han llegado a ello después de haber pasado por el orden jurídico de un Estado y lo que hacen sencillamente es aplicar al nuevo orden de cosas, principios jurídicos análogos que tuvieron una vez validez, y que

Tampoco falta al derecho internacional las garantías necesarias. Es verdad que carece de una coacción jurídica reglada porque no hay poder alguno superior a los Estados; pero esta misma falta existe a su vez, como hemos visto, en algunas partes importantes del orden jurídico interno, y no por esto se ha de decir que no tienen un carácter jurídico. Pero las otras garantías son para una gran parte del orden internacional de mucha más importancia. La justicia y la administración de cada Estado particular apoyadas en el derecho internacional están garantidas por los intereses comunes de los Estados. La llamada administración internacional funciona con gran seguridad y difícilmente pueden deducirse de la regularidad de su práctica, argumentos contra la existencia del derecho internacional. Además, las relaciones de poder entre los Estados, así como la opinión pública que se expresa mediante el juicio de los estadistas, los pareceres emitidos en los parlamentos y la prensa, forman otras tantas garantías del derecho público, que si bien actúan con menos firmeza, no por eso han de dejar de ser desconocidas. Allí donde entra en conflicto la observación del derecho internacional con la existencia de un Estado, retrocede la regla jurídica, porque el Estado se encuentra por encima de todo principio jurídico particular, como nos lo han mostrado las consideraciones hechas a propósito del estudio de las relaciones jurídicas dentro de un Estado. El derecho internacional está al servicio de los Estados y no los Estados al servicio del orden internacional.

Las omisiones que hemos hallado en el derecho del Estado se encuentran en mayor medida aún en el derecho internacional, porque el sistema de éste es menos susceptible todavía que el de aquél de llegar a formar una unidad cerrada. Si todo orden del derecho tiene partes que descansan en compromisos circunstanciales de las fuerzas en lucha, el perfeccionamiento del derecho internacional tiene como supuesto, justamente, la posibilidad de una contienda entre los Estados, como resultado de la cual aparece un nuevo derecho. La política exterior es limitable, en una escasa medida, por principios de derecho, e indica el amplio dominio sobre el cual decide la fuerza efectiva, aquél en el cual los intereses de los distintos Estados entran en lucha, no meramente mediante la guerra, sino acordando armisticios y alianzas de más o menos duración. Pero no sólo los intereses cambiantes del día, sino las condiciones de la evolución de los Estados y los pueblos, exigen la lucha de las nuevas ideas y las nuevas formaciones políticas para que puedan aquéllas llegar a ser realizadas. Pensar

de nuevo reciben el carácter formal jurídico. Pero ¿de dónde debe proceder la convicción originaria que hace que el orden entre los Estados no sea meramente un cambio de costumbres, una moral de Estado, un egoísmo de Estado, o de otro modo, un fenómeno no jurídico? Quien quiera ocuparse jurídicamente del difícil problema del derecho internacional no puede, como hace Triepel, suponerlo como dado, sino que necesita primeramente fundamentar su existencia.

en un orden jurídico superior al Estado, sin vacío alguno, que pueda decidir toda lucha ateniéndose a una regla jurídica preexistente, sería, dada la actual situación del mundo y por un tiempo incalculable, conservar y hacer sobrevivir en el mundo del Estado, todo lo insano, todo lo viejo, y por consiguiente, cuanto hace imposible la vía del progreso. ¡Piénsese sólo en las grandes guerras de la segunda mitad del siglo XIX! ¡Si estas luchas históricas, para juzgar de las cuales no existía principio jurídico alguno, se hubiesen decidido mediante una norma de derecho y mediante la sentencia de un juez, la sentencia habría sido favorable a la situación entonces existente como lo conforme por derecho, y en este caso, Alemania e Italia habrían permanecido meros conceptos geográficos, los nuevos Estados de la península de los Balcanes continuarían siendo provincias turcas, y la mala administración española seguiría aún en Cuba y Filipinas!

Mas si el derecho internacional descansa formalmente en la voluntad de los Estados particulares y de ellos recibe su sanción jurídica, le corresponde también materialmente un algo que sale fuera de los límites del Estado particular. Aquí se muestra precisamente la unión entre la doctrina de la sociedad y el derecho internacional. Así como los intereses sociales van más allá de los límites del Estado particular —según en otro lugar hubo de verse— y construyen los Estados mismos como formaciones sociales de grupos de la sociedad, de la propia manera la totalidad de las relaciones sociales o internacionales forma el contenido del derecho internacional. Pero las corrientes nacionales o particulares de los Estados contra la sociedad internacional son tan fuertes, que sólo han engendrado una coexistencia de Estados, pero no una organización de la comunidad de Estados, prescindiendo naturalmente de organizaciones ocasionales y uniones entre Estados para formar una comunidad que los comprenda. La comunidad de los Estados es, por tanto, de naturaleza propiamente anárquica, y el derecho internacional, puesto que procede de una autoridad no organizada y carece por tanto de poder de soberanía, puede ser denominado, con razón, un derecho anárquico, lo que explica al propio tiempo sus imperfecciones y lagunas.

No nos es posible una visión clara del futuro; empero, si meditamos en los progresos enormes que en los tiempos modernos ha alcanzado este derecho anárquico, parece que la evolución tiende a alcanzar un objetivo sumamente lejano y tal vez imposible de conquistar jamás para incorporarlo a la realidad de las cosas, objetivo último que Kant ha expresado de este modo: "El más grande problema para el género humano, a cuya solución lo fuerza la naturaleza, consiste en lograr fundar una sociedad universal, civil, que administre el derecho".[49]

[49] *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Abzicht.* Obras editadas por Rosenkranz, VII, p. 323.

Libro Tercero

XII. LAS PARTES DEL DERECHO PÚBLICO

LOS ROMANOS, a quienes se debe la oposición entre el derecho público y el privado,[1] consideraron el primero como un derecho enteramente uno, sin distinguir entre el derecho político *(Staatsrecht)* y el derecho público *(Öffentliches Recht)*, sirviéndose de la misma palabra para designar a ambos. La evolución del derecho moderno ha tenido como consecuencia un desarrollo amplio del derecho público, que sólo se puede comprender considerándolo históricamente. En el proceso de la historia, no vuelven a coincidir más los conceptos de doctrina jurídica del Estado y derecho público. Aquél es más bien el concepto estricto que está subordinado a este último.[2]

Para comprender el sistema del derecho público, es necesario explicar en qué consiste lo esencial del derecho privado y su oposición a lo público.

La oposición entre el derecho privado y el derecho público puede referirse al principio fundamental de que en aquél los individuos son considerados principalmente en una relación de coordinación, los unos con respecto a los otros. Por tanto, regula el derecho privado las relaciones de los individuos como tales, en tanto que el derecho público regula rela-

[1] Singularmente en el célebre pasaje de Ulpiano. Ley 2ª, Dig. *De just. et jure*, I, 1, y en el § 4, *Inst.* título I, 1. Acerca de la historia del concepto del *jus publicum* y de la variedad de sentidos que tuvo en los diferentes escritores, véase la obra de E. Ehrlich, *Beiträge zur Theorie des Rechtsquellen*, I, 1902, pp. 158 ss.

[2] El estimar el concepto del derecho público como más amplio y comprensivo que el de derecho político *(Staatsrecht)* se debe, de una parte, a la división de las disciplinas particulares del derecho en el trabajo académico, y de otra, a la separación conceptual de la materia del derecho, muy generalizada a partir de la doctrina del derecho natural. La terminología jurídica moderna procede de Hugo (véase sobre esta cuestión el libro de Ehrlich, pp. 209 ss.). Ha sido también de gran influjo la doctrina del derecho de Kant, el cual dividía el derecho en privado y público y este último en político, penal, internacional y cosmopolita. Bajo el influjo de Savigny *(System des heutigen römischen Rechts)*, ha reconocido la nueva ciencia del derecho político alemán, por vez primera desde Gerber, las disciplinas particulares del derecho público, y les ha dado sustantividad con respecto a las demás disciplinas jurídicas. Existen entre los distintos escritores, aun hoy, infinidad de diferencias. Alemania ha precedido a las demás naciones en lo que respecta a la formación del derecho político *(Staatsrecht)*, como una parte autónoma dentro del orden del derecho. En Francia se habló por vez primera del *Droit public* en el siglo XVIII, e Inglaterra desarrolla, durante el siglo XIX, el concepto de *Constitutional law*, el cual de ningún modo coincide con nuestra denominación de derecho político. La idea de un *public law* ha nacido en el pensamiento inglés por vez primera en la Época Moderna, bajo el influjo del continente, aun cuando ya Bacon profundizó en la noción romana del *jus publicum* *(Obras*, edición Speeding, p. 804; VII, p. 731 ss.), y Blackstone *(Commentaries*, I, 2, p. 146 de la 1ª ed.) distingue las relaciones jurídicas en relaciones de derecho público y de derecho privado.

ciones entre distintos sujetos dotados de *imperium,* o la organización y funciones de estos mismos sujetos y la relación de ellos con los sometidos al poder.[3]

Pero esta oposición no es en modo alguno absoluta. En el derecho privado las relaciones entre los individuos es de tal suerte manifiesta que fácilmente podría llegarse a creer que con ello queda agotada su esencia; pero una observación más sagaz muestra que no es el individuo abstracto el titular del derecho privado, esto es, considerado este individuo abstracción de todas las relaciones sociales, sino que el titular de este derecho es siempre un miembro de la sociedad, o lo que es lo mismo, el individuo reconocido por el Estado como persona. Así pues, todo derecho privado es derecho social.

Por consiguiente, cuantas tentativas se han hecho para constituir con un carácter independiente un derecho social que no fuera ni derecho privado ni derecho público, o de subordinar este último al derecho social, han sido rechazadas.[4] Trátase, pues, en las relaciones jurídicas individuales de saber si el interés que prevalece en las normas del derecho objetivo es el individual o el social. Tampoco es posible concebir totalmente desligados de los intereses individuales los sociales, y por tanto, los intereses del Estado. Todo hecho social y público se encamina, o debe encaminarse al menos, al bien del individuo.

El derecho privado sólo es posible sobre la base del reconocimiento de la personalidad individual, sobre el reconocimiento de cualidades determinadas al individuo, en virtud de las cuales se le coloca en situación de poner en movimiento el poder del Estado en interés de sí mismo. Todo derecho privado va unido íntimamente a una exigencia de derecho público para que se le reconozca y ampare. Por esto, todo el derecho privado descansa sobre los cimientos del derecho público.[5]

Esto nos enseña *a priori* cuán difícil es en cada caso particular fijar los límites entre el derecho privado y el público. El Estado y las asociaciones de derecho público no son tan sólo titulares del poder público, sino que son también sujetos económicos, que con los propios medios que corresponden a cualquier otra personalidad, administran los bienes, no ejercitando para ello el poder público. Una de las cuestiones que en primer lugar y de un modo manifiesto han de fijarse debe ser la de determinar en

[3] Véase, para las observaciones que siguen, Jellinek, *System der subj. öffent. Recht,* caps. IV-V.

[4] De la literatura referente a esta cuestión, véase *System,* p. 86, n. 1. La idea de un derecho social que comprendiese en sí al derecho político se encuentra ya en los escritores del derecho natural. Véase, por ejemplo, Ropfner, *Naturrecht des einzelmen Menschen, der Gesellschaften und der Völker,* 2ª ed., 1783, pp. 124 ss.

[5] *Jus privatum sub tutela Juris Publici latet,* Bacon, "De augm. scient., VIII, 3 (Exemplum tractatus de Justitia universalis)". *Obras,* I, p. 804.

todo orden jurídico completo los límites entre las acciones realizadas por una asociación como sujeto titular de poder público y las acciones que realiza como sujeto económico privado. El Estado puede sustraerse totalmente de un modo formal al derecho privado, o al menos en gran medida. Pero puede también someterse cuando así lo exija la naturaleza de las relaciones jurídicas de que él forme parte. La manera como estos límites se han mostrado depende de la evolución total del pensamiento de un pueblo acerca de las relaciones totales del Estado con el derecho privado. Aquél, como sujeto de derechos patrimoniales, tiene en los sistemas jurídicos particulares una situación que varía de una a otra, y sobre ella sólo la doctrina del fisco puede informar en cada derecho particular.

Esta doctrina es de importancia suma para la historia de la concepción de las relaciones entre el Estado y los súbditos.[6] Donde no existía la idea del fisco como personalidad del Estado en cuanto considerada desde el punto de vista del derecho patrimonial, no ha podido existir ninguna exigencia jurídica patrimonial del individuo con respecto al Estado. Así sucedía en Inglaterra, donde sólo existía el derecho de súplica, pero no un derecho de acciones contra el Estado, que sólo más tarde fue reconocido, aunque no de una manera formal.[7] En Alemania, por el contrario, se considera al fisco como sujeto de derecho privado, atribuyéndosele, por tanto, al Estado, una doble personalidad pública y privada, que es de gran importancia práctica, pues en todo lo que cae dentro del derecho privado quedan excluidos los ataques arbitrarios del Estado a la esfera jurídica del individuo. Hoy se ha extendido la convicción de que el Estado, tanto en su aspecto público como en el privado, constituye una sola personalidad, representando su carácter fiscal tan sólo una dirección de esta personalidad. Aquí es precisamente donde se nota la falta de una fijación precisa, y donde nos encontramos en aquel terreno más cuestionable, por tratarse de casos límites. El problema aquí habría de ponerse en estos términos: ¿cuándo es el fisco sujeto y objeto del derecho público, y cuándo tiene exigencias jurídicas privadas?

Si, pues, de una parte el derecho privado sólo es posible sobre la base del público, éste, en cambio, tiene frente al derecho privado una existencia totalmente independiente. El derecho público es aquel que establece relaciones entre una comunidad dotada de un poder de autoridad y personas que le son iguales o le están subordinadas. Su posibilidad y significación ha sido mostrada en los anteriores capítulos; aquí sólo habrá de

[6] Acerca de la historia de la doctrina del fisco, véase Otto Mayer, I, pp. 47 ss., y Hatschek, *Die rechtliche Stellung des Fiscus im Bürgerlichen Gesetzbuche,* 1899, pp. 24 ss.

[7] Mediante la institución de la *Petition of Right,* que aún hoy sólo mediante un *fiat* de la realeza puede ser llevado ante los tribunales. Véase Gneist, *Das englische Verwaltungsrecht,* 3ª ed., 1883, p. 375; Hatschek, *op. cit.,* pp. 42 ss.

tratarse de las determinaciones jurídicas más detalladas de aquellos principios generales.

Un poder de autoridad es jurídico porque es limitado.[8] Derecho es jurídicamente poder limitado. El poder potencial de la comunidad que manda es mayor que el poder actual. Mediante la autolimitación, alcanza el poder el carácter de poder jurídico. Esta autolimitación no es arbitraria en modo alguno, es decir, no queda entregada al arbitrio del Estado el someterse o no a ella. Por obra del proceso histórico que lo ha precedido, se le ha dado al Estado el modo y medida de esta limitación. Dentro de límites muy amplios, tiene él la posibilidad formal de determinar su propia limitación, mas el decir *si ha de someterse*, esto, no es de su incumbencia.

El poder del Estado no es, por tanto, poder ilimitado, sino un poder ejercido dentro de límites jurídicos, esto es, un poder de derecho. Todos los actos del Estado, por consiguiente, están sometidos a una evaluación jurídica; sólo cuando relaciones de un carácter extraordinario rompen el orden jurídico, o cuando dentro de las normas jurídicas no es posible hallar una solución a casos concretos, es cuando entra el hecho en lugar del derecho para devenir él mismo el fundamento de la formación de un nuevo derecho.

La limitación exterior del poder de autoridad del Estado reside en el derecho internacional. Este derecho es exclusivamente un derecho entre Estados, en cuanto éstos son independientes unos de otros.[9] Todas las acciones del derecho internacional son solamente posibles mediante actos de *imperium*. Así, por ejemplo, en todo pacto entre Estados encaminado a crear obligaciones, incide una obligación para el mismo poder de autoridad, la cual sólo puede cumplirse mediante un acto de la autoridad. El Estado dispone —excluyendo lo relativo a su economía privada— de todas sus fuerzas sólo mediante su poder de autoridad, y, por tanto, puede satisfacer estas exigencias en tanto que no corresponden a un orden jurídico privado, exclusivamente mediante aquel poder. Aun las acciones guerreras llevadas a cabo por el Estado son susceptibles, por consiguiente, de una valoración jurídica, sólo porque el *imperium*, que de un modo tan ostensible se muestra en la guerra, no se ejercita hoy ya ilimitadamente, sino que está sometido al poder jurídico.

Interiormente, las limitaciones del poder del Estado son, en un amplio

[8] Esto ha sido desconocido últimamente por O. Mayer, I, pp. 110 ss., quien niega al Estado derechos subjetivos en su verdadero sentido, porque considera que éstos no son sino fenómenos particulares del poder de autoridad general que corresponde al Estado por naturaleza.

[9] Jamás entre individuos. Véase Jellinek, *System*, 312-313. La doctrina desarrollada por Kaufmann en su obra *Die Rechtskraft des internationales Rechtes*, 1899, pp. 1 ss., la cual pretende de nuevo asignar a los individuos el valor de sujetos de derecho internacional, no refuta los principios teóricos de la doctrina dominante, refutación que sólo podría hacerse mediante la prueba de la existencia de la *civitas maxima*.

sentido, consecuencia del derecho político. La organización de los Estados descansa en principios de derecho, principios que determinan, de una parte, tanto el carácter de los órganos, cuanto su organización y competencia. Esta competencia es la que indica los límites de la actividad del Estado respecto de la individual. Constituye el segundo problema fundamental del derecho político, la fijación de la esfera de los derechos y deberes de los súbditos respecto del poder del Estado. De aquí que el derecho político, en un amplio sentido, abarque, tanto los principios jurídicos relativos a la organización del Estado, como los relativos a la competencia de sus órganos y la determinación de derechos y deberes de los ciudadanos frente al Estado. De este amplio concepto del derecho político es preciso separar determinadas partes, pues en este sentido que acabamos de darle comprende el derecho penal, que se ocupa del derecho del Estado para castigar, de los deberes del condenado de someterse a la pena, y, por consiguiente, tiene por objeto esta disciplina derechos y deberes de carácter público. El mismo derecho procesal, tanto en la parte civil cuanto en la penal, se ocupa de determinar los deberes y derechos del juez representante del Estado y de las partes, y no hay duda de que la esfera de este derecho pertenece completamente al derecho público.

Para comprender la independencia relativa del derecho penal y del procesal en sus varios aspectos, es preciso recurrir al proceso de la historia. Todo lo que se refiere a la esfera del derecho privado, cuya gran importancia ha sido reconocida hasta por el Estado absoluto, fue objeto, aun en éste, que no era nada favorable a la ordenación del derecho público, de una honda elaboración. La necesidad de reglar el derecho procesal y de dictar leyes penales jamás fue objeto de cuestión, incluso en la época en que dominaba la idea de que el poder del Estado no tenía límite alguno respecto de sus súbditos. Entonces es cuando la justicia, provista de la actividad administrativa y subordinada a ciertas normas, adquiere un puesto dentro del sistema del derecho.

A causa de la íntima conexión entre todas las actividades del Estado, resulta difícil establecer una separación radical, atendiendo a categorías formales, de las varias disciplinas del derecho público. Ningún sistema de derecho político puede excluir de su contenido lo relativo a la organización de los tribunales, los principios sobre la situación de los jueces ordinarios, así como el poder penal y disciplinario del Estado, la responsabilidad de los ministros, el procedimiento administrativo; problemas que descansan sobre principios idénticos o análogos, de igual suerte que necesitan ser objeto de aclaración en un sistema de derecho político, las materias relativas a la justicia.

En la época moderna, la administración pública, así como la justicia, han llegado a constituirse en disciplinas particulares. El fundamento de

ello, cuando se trata de la administración, es distinto que cuando se trata de la justicia. Durante largo tiempo la actividad administrativa del Estado no tuvo sino un escaso interés jurídico; era objeto de investigaciones que se atenían al principio de finalidad, pero no conforme a principios jurídicos; mas con la formación de una legislación dentro del orden administrativo, lo que acontece desde la implantación del régimen constitucional, es decir, desde la creación de un control jurídico para la administración, se ha hecho más intenso el carácter jurídico de esta actividad del Estado y, por tanto, el método jurídico para su investigación y estudio. A semejanza de Francia, se ha formado en Alemania, a partir de R. von Mohl, una disciplina que correspondía al *Droit administratif (Verwaltungsrecht)*, la cual ha sido objeto de elaboración, especialmente a partir de 1860.[10]

Es tan imposible trazar una línea divisoria entre el derecho político y el administrativo, como cuando se trata del derecho político y el judicial. La distinción entre ambos ha de ser cuantitativa y no cualitativa. El derecho administrativo abarca la doctrina del derecho objetivo relativo a la administración, la de las relaciones jurídicas de la misma y la de los derechos y deberes mutuos entre el Estado que administra y los ciudadanos.[11]

No es posible pensar en ninguna investigación completa del derecho político en la que se prescinda totalmente de esta materia. Toda exposición del derecho de un Estado ha de explicar la doctrina de la organización administrativa, de los funcionarios de la administración, las relaciones de ésta con la ley, con los decretos y, por último, la naturaleza jurídica del acto administrativo. El derecho administrativo es, pues, la investigación y exposición detalladas de ciertas partes del derecho político, tomado éste en un sentido amplio. La doctrina que hace referencia

[10] La ciencia alemana ha llegado a ejercer gran influjo en la literatura jurídico-administrativa italiana, como lo prueba la obra no terminada de Orlando, *Primo trattato completo de diritto amministrativo italiano.* Bajo el influjo alemán va abriéndose también camino el reconocimiento de un derecho administrativo en los Estados anglosajones, singularmente en lo que respecta a América, cuya jurisprudencia, teóricamente, es muy superior a la inglesa. Contra la afirmación de Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 6ª ed., Londres, 1902, p. 322, de que en los países anglosajones no existe derecho administrativo, véanse las acertadas afirmaciones de Goodnow, *Comparative Administrative Law Student*, ed. Nueva York y Londres, 1902, I, pp. 6 ss. (de esta obra hay traducción castellana publicada por La España Moderna), el cual hace notar que esta pretendida inexistencia del derecho administrativo en los países anglosajones tiene su origen en *"to the well known failure of English law writers to classify the law"* (en la falta que hay en Inglaterra, falta muy conocida, de publicistas que clasifiquen las leyes). La polémica de Dicey, desconocedor de la ciencia alemana (véase p. 488), con Goodnow, confirma esta afirmación. Como ejemplo expresivo de una obra de derecho administrativo en la literatura americana, puede designarse la de E. Freund, *The Police power*, Chicago, 1904.

[11] Véase O. Mayer, I, pp. 18 ss., el cual va demasiado lejos en sus exigencias de que se reconozca al derecho administrativo plena sustantividad, como lo prueban las partes de su obra consagradas a las investigaciones del derecho político. Véase también mi análisis del libro de Mayer en el *Verwaltungsarchiv*, v, 1897, pp. 104 ss.

a la organización y administración de la justicia habrá de tratarse en el derecho judicial.

Lo que permanece extraño al derecho judicial y administrativo es el derecho político, en estricto sentido; es lo que según los franceses queda opuesto al *Droit Administratif,* y es designado por ellos *Droit Constitutionnel,* es decir, derecho constitucional. No es ésta una expresión acertada para significar lo esencial a la cosa, sino antes al contrario, un concepto equívoco; porque la palabra *constitución* se puede tomar en un sentido material o formal, y según se haga de uno u otro modo, así habrán de tratarse en el derecho político una multitud de materias que, o no tienen nada que ver con la Constitución, o tienen una relación escasa. Así, por ejemplo, la doctrina referente a la situación peculiar de los miembros de las dinastías, lo relativo a la ordenación de los asuntos parlamentarios en las cámaras, lo que hace referencia a las exigencias de derecho público de los funcionarios respecto del Estado, lo que toca al modo como el Estado ha de ejercer la fiscalización de la administración municipal, y por último, el ejercicio de la soberanía del Estado en sus relaciones para con la Iglesia.

Al derecho político corresponde también la doctrina de la corporación pública.[12] En conexión con la doctrina del derecho social, al cual se ha considerado como un derecho paralelo al privado, se ha desarrollado la teoría del derecho corporativo como la doctrina de aquel concepto supremo bajo el cual había de subsumirse todo el derecho político. Si, pues, es innegable que toda asociación, incluyendo el Estado, muestra analogías en su estructura, esto no quiere decir que el Estado sea una corporación entre otras, sino la que a todas domina. Así lo ha sido, al menos, en todos los tiempos en que se han mostrado con claridad los fenómenos de la vida del Estado. En el mundo antiguo, y a partir de la época en que el Estado moderno se levanta como un poder victorioso, se manifiesta no como una comunidad entre muchas, es decir, igual a otras que viven junto a él y en él contenidas, sino única en su tipo. Todas las demás asociaciones de naturaleza no estatista se hallan influidas en su formación más o menos por la organización del Estado. El prototipo para el Estado no lo constituye la unión ni la comunidad, sino que, por el contrario, es el Estado el que sirve de prototipo a estas organizaciones, a las que puede además prescribir mediante las leyes, de un modo total o en sus fundamentos, la manera de organizarse.

Las asociaciones se dividen en privadas y públicas. Las primeras son producto de las acciones jurídicas en el derecho privado, y sirven a los mismos fines que éste; es decir, predominan en ellas los intereses indivi-

[12] Véase mi *System,* caps. XV y XVII, y además O. Mayer, II, pp. 366 ss.

duales. No sólo mediante actos individuales, sino también mediante actos colectivos realizados por asociaciones, pueden ser satisfechos los intereses privados. El orden jurídico interior de estas asociaciones no es, por tanto, extraño al derecho privado. De otra parte, los medios por los cuales estas asociaciones se garantizan la satisfacción del orden jurídico que les es propio, no se diferencian de aquellos medios por los cuales los individuos procuran proteger la esfera de su derecho privado. A pesar de la situación de las asociaciones privadas con respecto a sus miembros y los derechos de éstos, nace de aquí otro tipo de relaciones desde el punto de vista patrimonial, bien distinto del que mantienen los individuos aislados, esto es, nace de aquí una clase particular de derechos privados.

Las asociaciones públicas, por el contrario, como habremos de ver en otro lugar, participan del ejercicio del poder público, bien en razón de deberes que se les asignan, o bien por los derechos que se les conceden, y por esto su derecho tiene su puesto en el derecho político, en su sentido estricto, o en el derecho administrativo. El derecho judicial, por el contrario, sólo se ocupará de aquello en cuanto haya de rozarse con el derecho administrativo.

Entre todas las asociaciones ocupa un lugar especial la Iglesia, singularmente la católica, por estar organizada independientemente del Estado. Desde el punto de vista del derecho político, punto de vista que es el único que la ciencia del publicismo puede hoy aceptar, depende completamente de cada orden jurídico particular el determinar hasta qué punto exalta e incluye en el reino de derecho público a la Iglesia al conceder a ésta un poder estatista de autoridad *(Herrschermacht)*. Cuando el Estado se niega en general a prestar a la Iglesia el *imperium*, y por tanto, a darle otro carácter distinto del de mera asociación privada, que es precisamente lo que ocurre en el régimen de la separación de Iglesia y Estado, entonces, según este orden jurídico concreto, todo el derecho canónico, todo el derecho interior de la Iglesia, queda dentro de la esfera del derecho privado, perteneciendo al Estado el derecho de fiscalizar las asociaciones eclesiásticas, fiscalización que queda incluida en el derecho político.[13] El punto de vista de la Iglesia en esta cuestión es, naturalmente, muy diferente. No considera su poder como un poder estatista, pero lo

[13] Véase Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 165. La concepción procedente de la Edad Media *(jus utrumque)* y renovada en la literatura moderna a partir de Savigny, según la cual el derecho canónico, como derecho espiritual que es, está coordinado y opuesto al derecho humano, es insostenible, porque desconoce que la esencia del derecho consiste en ser un orden exterior que obra a su vez con medios exteriores. Esta doctrina supone dos conceptos de derecho que se contradicen mutuamente. Respecto de un derecho espiritual, si se ha de entender éste según nuestro moderno sentido jurídico, es justa la afirmación de Shom *(Kirchenrecht*, I, 1892, pp. 1 ss. y 700) de que implica una contradicción con la naturaleza de la Iglesia.

cree capaz, en más alto grado que el del Estado, de garantir el orden que le es propio.

Resumiendo lo dicho en este capítulo, resulta que el derecho público se divide en derecho internacional[14] y en derecho político en amplio sentido. Éste divídese a su vez en derecho judicial —que comprende el penal y el procesal—, administrativo y político en estricto sentido. Al derecho político en su sentido amplio corresponde también el derecho canónico, como derecho de una asociación pública. Como el orden jurídico de la Iglesia descansa en supuestos completamente diferentes de los del Estado, puede considerarse el derecho canónico como derecho interno de la Iglesia, como un orden jurídico separado y puesto junto al derecho privado y al derecho público. Pero no se olvide que esta sustantividad del derecho canónico es relativa, y no existe para quien ha reconocido que todo derecho es creado o permitido por el Estado.

[14] Véase, respecto del carácter del derecho internacional, *System*, pp. 300 ss.

XIII. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS ELEMENTOS DEL ESTADO

1. El territorio del Estado[1]

La tierra sobre la que se levanta la comunidad Estado, considerada desde su aspecto jurídico, significa el espacio[2] en que el poder del Estado puede desarrollar su actividad específica, o sea, la del poder público. En este sentido jurídico, la tierra se denomina *territorio.* La significación jurídica de éste se exterioriza de una doble manera: negativa una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al del Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado.[3] Las asociaciones comunales que forman parte del Estado tienen, en virtud del poder de autoridad que les está conferido por aquél, un territorio determinado sobre el cual ejercen funciones de autoridad, que, como sucede con el Estado, se exteriorizan de un modo positivo y negativo. Este poder falta a aquellas asociaciones que están dotadas de autoridad, pero que sólo pueden ejercitarla sobre sus miembros, o a aquellas asociaciones que de un modo excepcional tienen autoridad también sobre terceros, pero siempre con un carácter independiente de todo fundamento territorial.

[1] Entre la literatura moderna acerca de este tema, pueden señalarse: Fricker, *Vom Staatsgebiet,* "Tubinger Universitätsprogramm", 1867; del mismo, *Gebiet und Gebietshoheit in den Festgaben für Albert Schäffle,* 1901, pp. 3-99; Gerber, pp. 65 ss.; Laband, I, pp. 172 ss.; G. Meyer, § 74; Rosin, *Das Recht der öffentlichen Genossenschaft,* 1886, pp. 44 ss.; Seydel, *Bayer. Staatsrecht,* 2ª ed., I, pp. 334 ss.; Preuss, *Gemeinde,* pp. 263 ss.; Heimburger, *Der Erverb der Gebietshoheit,* I, 1888, pp. 26 ss.; Curtius, *Über Staatsgebiet und Staatsangehörigkeit, Archiv. f. öff. Recht,* IX, pp. 1 ss.; Heilborn, *Das System des Völkerrechts, entwickelt aus dem völkerrechtlichen Begriffe,* 1896, pp. 5 ss.; Zitelmann, *Internationales Privatrecht,* I, 1897, pp. 90 ss.; Bunn, *Die Gebietshoheit, als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt, Hirths Annalen,* 1889, pp. 641-642; Rehm, *Allgemeine Staatslehre,* pp. 20, 36 ss.; Seidler, *Jur Kriterium,* pp. 59 ss.

[2] O como Zitelmann lo llama, *Int. Pr. R.,* p. 91, con frase gráfica, "el escenario del poder de autoridad" *(Schauplatz der Herrschaft).*

[3] De aquí que las iglesias no sean jamás hoy corporaciones territoriales. Si bien Rehm *(Staatslehre,* p. 36) considera que las iglesias particulares evangélicas tienen un carácter de corporaciones territoriales, porque sus fieles pertenecen, quiéranlo o no, a la iglesia del lugar de su domicilio, muestra Rehm desconocer con esto la función esencial del territorio, cual es la del sometimiento de los extranjeros que en él residen al poder de la corporación. Sólo mediante el sometimiento a una determinada iglesia de personas de diferentes creencias, sometimiento llevado a cabo en razón del domicilio, adquirirían estas corporaciones el carácter de corporaciones territoriales.

La necesidad de un territorio determinado, para que pueda tener existencia un Estado, ha sido reconocida por vez primera en los tiempos modernos. La antigua doctrina del Estado concebía a éste como una comunidad de ciudadanos cuya identidad no iba unida necesariamente a la residencia de éstos. Ninguna de las definiciones del Estado que nos han sido transmitidas de la Antigüedad habla del territorio. Bajo el influjo de los antiguos, se ha ocupado ante todo la nueva doctrina del Estado de los elementos personales del mismo, por lo cual ninguna definición de éste, desde el siglo XVI al XIX, habla del territorio como nota esencial del Estado.[4] Klüber es el primero que, hasta donde yo conozco, ha definido el Estado como una sociedad civil construida "con un determinado territorio".[5]

El territorio del Estado tiene dos propiedades: es, de un lado, una parte del Estado, considerado éste como sujeto,[6] lo cual es una consecuencia lógica de que los hombres que viven de continuo en un territorio sean miembros de este Estado, y, por consiguiente, el Estado mismo adquiere este carácter sedentario peculiar a sus miembros. Igualmente resulta esto de las relaciones sociales reales. Toda la evolución del Estado y de su actividad únicamente puede tener lugar dentro de un espacio determinado de territorio. Así como las corporaciones están desprovistas de espacialidad, ha menester el Estado, por el contrario, de una extensión determinada, la cual señala el límite en que su soberanía actúa con la nota de exclusivismo que a ésta le es propia. Aquella extensión territorial es la garantía de que ha de ser posible al Estado llevar a cabo por completo la realización de sus fines. Además, si existieran varios Estados independientes entre sí en un mismo territorio, se hallarían en guerra perpetua, no sólo a causa de la oposición permanente de los intereses, sino porque sus conflictos no podrían resolverse por juez alguno.[7] De aquí que puedan coexistir en un mismo territorio numerosas corporaciones, pero sólo un Estado. En esta propiedad del territorio, como un elemento integrante del sujeto del Estado, descansa la impenetrabilidad de éste.[8] En un mismo territo-

[4] Según Heffter, *Das europ. Völkerrecht der Gegenwart*, 7ª ed., revisada por Geffcken, p. 57, sería posible el caso de que un Estado cambiase de territorio. Véase acerca de esto también Loening, en el *H. W. der St. W.*, p. 922.

[5] *Öffentl. R. des teutschen Bundes*, 1ª ed., 1817, § 1.

[6] La fundamentación de esta doctrina se debe a Fricker, *Vom Staatsgebiet*, pp. 16 ss., tomando como punto de partida la concepción orgánica del Estado.

[7] Para conocer los ensayos aislados que han tenido lugar, con poca fortuna, encaminados a negar la necesidad del territorio para el Estado ya desarrollado, véase Rehm, *Staatslehre*, p. 36. La peculiaridad de la concepción griega puede verse en el tomo I de esta obra, cap. X, núm. 2.

[8] Fricker, *Vom Staatsgebiet*, p. 17. Este momento ha sido desconocido por Haenel, *St.-R.*, I, 803, quien considera que es posible la existencia de dos Estados soberanos en un mismo territorio.

rio solamente puede desplegar su poder un Estado. A esta regla pueden oponerse las siguientes excepciones aparentes:

a) Transitoriamente, en fuerza de un condominio, o para expresarnos de una manera más clara y conforme a la moderna concepción del Estado, en fuerza de un *coimperium,* es posible a varios Estados ejercer sobre un mismo territorio una soberanía común. Pero esta soberanía impulsa a los cosoberanos a distanciarse, por lo cual, dada la claridad que es preciso exista permanentemente en la extensión territorial de los Estados modernos, sólo puede tener un carácter excepcional aquella situación. Ninguno de los cosoberanos puede jamás incorporar el territorio del Estado al de uno de los sujetos del condominio. Éste era el caso de Schleswig-Holstein de 1864 a 1866, y el de Austria y Hungría sobre la Bosnia y la Herzegovina.[9] Lo que falta a los codominantes es precisamente el territorio considerado como elemento subjetivo del Estado. Estas situaciones poco frecuentes hoy, únicamente podían tener una significación de trascendencia en la época en que, a causa de la confusión entre el derecho público y el privado, o se desconocía la distinción profunda que existe entre el *dominium* y el *imperium,* o sólo se le concebía vagamente.

b) En virtud de la existencia de Estados soberanos y no soberanos en las confederaciones de aquéllos, tiene el territorio —y esto es de importancia especial cuando del Estado federal se trata— una doble cualidad, considerado políticamente. Pero como el Estado particular forma parte de la asociación en que consiste el Estado federal, al cual está sometido, se deduce que una relación de esta naturaleza es tan poco contradictoria con el principio anteriormente sentado, como lo es la cualidad de comunidad a la de corporación territorial.

c) Mediante los actos unilaterales o bilaterales del derecho internacional, o lo que equivale a esto, mediante sus actos tácitos, puede un Estado formar o autorizar a otros para llevar a cabo actos de soberanía en su territorio, lo que tiene como consecuencia la limitación mayor o menor del Estado paciente. Mas como estas limitaciones descansan en la voluntad del Estado, tienen el carácter de autolimitaciones del poder del mismo y, por consiguiente, no aminoran su soberanía. El Estado autorizado, por el contrario, manda sin duda alguna, en fuerza de un derecho propio, pero de un derecho que no es originario sino derivado.

d) Finalmente, mediante la ocupación militar, el territorio de un Estado puede ser sustraído, en todo o en parte, temporalmente, al poder del mismo, lo que trae aparejado, en tanto que la ocupación persista, la suspensión total de la actividad del Estado en este territorio, en el que actúa, en cambio, la actividad del Estado ocupante. Pero, aun en este caso, sólo

[9] Véase el cap. XIX.

domina en este territorio un poder del Estado, el cual, o suplanta por completo al Estado que desalojara, o se mantiene con él en una relación análoga a la de la gestión de negocios.

El territorio, como momento que corresponde al Estado en cuanto sujeto, es el fundamento de la función negativa que corresponde al Estado en el derecho internacional. La exigencia que dimana de la personalidad internacional del Estado, de que todos los Estados extranjeros se abstengan de realizar acciones injustas que lesionen sus intereses, refiérese igualmente a la integridad espacial del Estado. Trátase, pues, aquí, no de un derecho prohibitorio análogo al que puede tener el propietario, sino de exigencias que surgen inmediatamente del reconocimiento de la personalidad. El ser del Estado mismo, y no la posesión de algo que le pertenezca, es lo que engendra la exigencia de respeto al territorio. Las violaciones que se cometen con éste no tienen, pues, en el derecho internacional, el carácter de una perturbación en la posesión, sino el de violación de la personalidad misma del Estado atacado.[10]

El territorio en este sentido es también el supuesto necesario del ejercicio del poder del Estado sobre los ciudadanos del mismo que viven en otros países. Éstos sólo pueden quedar sometidos al poder de su Estado, hasta que las consecuencias jurídicas de su sometimiento puedan realizarse en el territorio. A un Estado a quien faltase territorio, le faltarían igualmente por completo los medios de autoridad sobre sus miembros domiciliados en el extranjero.

El territorio es, en segundo lugar, fundamento espacial para que el Estado pueda desplegar su autoridad sobre todos los hombres que viven en él, ya sean ciudadanos propios o de un país extraño. Los mandamientos de autoridad del Estado deben realizarse dentro de su territorio, bien traten de asegurar la situación de éste, bien de modificarla. Sólo en este sentido se puede hablar del territorio como de un objeto del dominio del Estado. Sin embargo, a menudo se saca de lo antedicho una consecuencia falsa, cual es: la de que el territorio mismo está sometido al dominio inmediato del Estado, y que, por consiguiente, existe un derecho real estatista.[11]

Jamás puede, pues, el Estado directamente, sino por la mediación de sus súbditos, ejercer dominio sobre el territorio. El dominio directo jurídico sobre una cosa, dominio que se exterioriza por acciones físicas

[10] Preuss dice muy acertadamente, *Gemeinde*, p. 394, que "la violación del territorio del Estado es una violación del Estado mismo, no de un objeto de la propiedad de éste. Corresponde en cierto modo a una lesión corporal, y no se trata de un delito contra la propiedad".

[11] La caracterización del territorio como objeto real, y del derecho del Estado respecto de él como un derecho real estatista, fue hecha por vez primera por Gerber, *op. cit.*, p. 22, y posteriormente ha sido enérgicamente defendida por Laband, I, pp. 173 ss.

sobre la misma, es lo que constituye la propiedad.[12] El dominio sobre el territorio no es, desde el punto de vista del derecho público, *dominium*, sino *imperium*.[13] El *imperium* significa poder de mando, mas este poder sólo es referible a los hombres; de aquí que una cosa sólo pueda estar sometida al *imperium*, en tanto que el poder del Estado ordene a los hombres obrar de una cierta manera con respecto a ella. Pero esta misma influencia sobre la cosa resulta de acciones que, o son jurídicamente indiferentes,[14] o sólo pueden valorarse desde el punto de vista del derecho privado, mediante el ejercicio de la propiedad y de la posesión, o mediante las limitaciones impuestas por el derecho privado a este derecho real. En caso de necesidad puede hallarse justificada una violación de la propiedad por el Estado, que en su ejecución podría no diferir en nada de las acciones análogas a ésta llevadas a cabo por un sujeto particular. En la expropiación sustrae a uno el Estado derechos privados para transmitirlos a otro; pero lo que aquí hay de derecho público es tan sólo la ordenación de esta transferencia, pero no el hecho del paso de la propiedad.[15] Por esto no hay hoy una propiedad pública distinta en su naturaleza íntima de la propiedad privada, y de aquí que, ni aun en el sentido del derecho administrativo, pueda fundamentarse hoy la institución de un derecho real público.[16]

[12] El dominio real que se exterioriza en la tenencia y disfrute de una cosa es la nota esencial del derecho real. Los ensayos que se han intentado a partir de Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*, pp. 161 ss., y Windscheid, *Lehrbuch des Pandekten rechtes*, 6ª ed., I, § 43, para reducir el derecho real a una serie de prohibiciones, conducen a una confusión total entre el derecho personal y el derecho real, y, por tanto, a una revolución de todo el sistema del derecho sin mejorarlo en nada. Desde el punto de vista de esta nueva teoría, resulta completamente incomprensible la doctrina importantísima de las propiedades y diferencias jurídicas de las cosas, las cuales, si no pueden pertenecer al derecho, tampoco pueden clasificarse jurídicamente. En esta teoría se exteriorizan las graves consecuencias del dogma unilateral de la teoría de la voluntad, aplicado a la doctrina del derecho subjetivo. Véase también Dernburg, *Pandekten*, 4ª ed., I, § 22, núm. 5.

[13] Esta antítesis, que se enlaza con la conocida frase de Séneca, *omnia rex imperio possidet, singula dominio*, ha llegado a ser, como dice Laband, un lugar común en el derecho político; pero si se pregunta a los que consideran la naturaleza del territorio como un derecho real sobre la distinción entre el *dominium* y el *imperium*, no vacilarán en responder que se distinguen por su naturaleza, su contenido, su fin, etc., y esto no obstante, no nos ofrecen en realidad ninguna nota jurídica con que distinguirlos. El propio Laband (*Staatsrechts*, I, pp. 64 ss.), que concibe muy claramente la naturaleza del poder del Estado, y que define con precisión el derecho de mandar y el derecho coactivo del soberano frente a las personas libres, incurre en una contradicción al admitir un dominio real en la esfera del derecho público.

[14] Por ejemplo, atravesar mares territoriales de otros con barcos de guerra.

[15] Así, pues, la situación jurídica de las cosas propiedad de extranjero, las determinaciones sobre las propiedades territoriales de éstos, la expropiación, el derecho de ocupación de los bienes sin dueños y otras limitaciones de la propiedad, las cuales pueden ser consideradas por los manuales de derecho internacional como una consecuencia de la soberanía territorial, no tienen, en rigor, otra relación con el territorio que la de ser actos del poder del Estado.

[16] Acerca de la institución de una propiedad pública con el carácter de institución de

Como más tarde habrá de explicarse, hay dos órdenes de actividad del Estado: actividad de poder y actividad social. En el ejercicio de esta última, el Estado se encuentra en el mismo plano que el individuo; es decir, no existe diferencia alguna entre las formas jurídicas de que disponen el Estado y el individuo en relación con el orden social. Por esto, puede hablarse aquí de la actividad del Estado con carácter público, en un sentido social y no en un sentido jurídico. Las relaciones del Estado con su propiedad pueden ser iguales, en todas sus direcciones, a las que mantiene el sujeto privado. Éste es el caso, precisamente, en todas aquellas cosas que corresponden a su esfera patrimonial. Pero esta relación puede también tomar el carácter de un derecho particular, ya cuando se trate de las propiedades de la corporación Estado, como cuando haga referencia a otras asociaciones públicas, porque de este modo quedan más aseguradas y mejor protegidas contra los ataques de un tercero, y alcanzan mejor la realización de los fines que se proponían —por ejemplo, mediante la prohibición de establecer servidumbres— que cuando se trata de un sujeto privado. Así ocurre con las cosas que corresponden al patrimonio de la administración pública; todas las limitaciones, todos los derechos particulares, no pueden cambiar el tipo fundamental de la propiedad, que consiste en representar la dominación sobre una cosa, dominación amparada y protegida por el orden jurídico existente en cada caso; también el sujeto privado puede limitarse, indudablemente, mediante un interés público en su propiedad privada, porque económicamente más bien tiene el carácter de usufructuario que el de propietario; piénsese, por ejemplo, en las limitaciones del propietario de los montes y de minas.[17]

Así, pues, cuando en un orden jurídico determinado se distingue y aun opone la propiedad pública a la propiedad privada, no se hace en rigor otra cosa (como acontece en el derecho francés con el *domaine public)* que crear un nombre para el derecho particular a que nos venimos refiriendo, pero cuya cualidad interna no podría determinarse ni por notas que tuvieran un carácter material jurídico ni por aquellas que lo tuvie-

derecho real público, véase, singularmente, O. Mayer, II, pp. 60 ss., *Archiv für öffentl. R.*, XVI, pp. 40 ss. Véanse también mis observaciones en el *Verwaltungsarchiv*, v, p. 311. Una explicación detallada del *status causae et controversiae*, así como la literatura relativa a esto, puede encontrarse en Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes* (Jellinek-Auschütz, *Staats-und völkerr. Abh.*, III, pp. 616 ss.), el cual divide la propiedad, atendiendo a su fin, en pública y privada; pero esta distinción tiene un carácter social, según el mismo autor indica en las pp. 222 y 651.

[17] Jurídicamente la situación de un usufructuario puede ser mejor que la de un propietario. Así, por ejemplo, la ley forestal promulgada en Baden el 25 de febrero de 1879, en sus párrafos 89 y 90 fija no sólo normas a que ha de acomodarse la explotación de los bosques de los particulares, sino que a su vez establece reglas coactivas, y aun penas, para las contravenciones, que podrían llegar a tener como resultado el sometimiento de la explotación y administración de los bosques particulares por un plazo de 10 años al menos, al régimen general.

ran procesal, por ejemplo, por el hecho de someterlo a lo contencioso administrativo.

De lo expuesto se deduce que no hay ni puede haber un dominio sobre las personas distinto del dominio sobre el territorio; más bien debe decirse que todos los actos de dominio realizados dentro del Estado mantienen necesariamente una relación con el territorio, y éste sirve, por consiguiente, de fundamento real del ejercicio total del poder del *imperium*. Todo acto de mando solamente puede alcanzar su plenitud dentro del propio territorio, o en territorio extraño en virtud de la extensión que permita el derecho internacional al propio poder. Lo que se llama, pues, superioridad del territorio, no es, como ha dicho Gerber de un modo clásico, una función sustantiva del poder del Estado, sino que más bien se confunde esta función, desde el punto de vista del derecho político, con la totalidad del poder del Estado, considerado dentro del territorio. No es, por tanto, el territorio un objeto independiente del poder del Estado.

El derecho al territorio de que habla el derecho político no es, pues, sino un reflejo de la dominación sobre las personas, es decir, es un derecho reflejo, no un derecho en sentido subjetivo.

La existencia de territorios inhabitados de que hablan los representantes de la doctrina del derecho al territorio[18] no prueba en modo alguno que la dominación sobre el territorio tenga un carácter de derecho real. El territorio inhabitado es el espacio en que el poder del Estado puede manifestarse, manifestación que tendrá lugar aquí, de igual suerte que en las tierras habitadas.[19]

En virtud de la unidad e indivisibilidad del Estado, sus elementos son igualmente unos e indivisibles. Esto tiene valor, sobre todo, cuando se trata del territorio del Estado, máxime si se considera la cuestión desde el punto de vista histórico, pues la indivisibilidad del Estado fue concebida primeramente como indivisibilidad del territorio. Mucho tiempo antes de que se hubiese hablado o combatido la doctrina de la división de los poderes del Estado, la escisión que se hacía del Estado mediante las herencias, hizo ver que estas divisiones eran perjudiciales, y al cabo se con-

[18] Laband, I, p. 165; Heilborn, p. 36; Zitelmann, *Internat Privatrecht*, I, p. 92.

[19] Aun en un espacio donde no habiten hombres, necesita el poder de autoridad del Estado, para existir jurídicamente, que le sea posible probar con hechos su existencia; lo que se traduce, considerado exteriormente, en la posibilidad de rechazar los ataques de que pueda ser objeto, y visto interiormente, en la facultad de llevar a cabo actos de poder sobre las personas que transitoriamente vivan en el territorio. Si un Estado levanta fortaleza, por ejemplo, en un territorio, a este acto no va unido de ningún modo una dominación real directa de carácter público, sino que más bien lo que aquí existe son actos jurídicos privados. La apropiación de territorios, hasta entonces sin dueño, y construcciones mediante las cuales el Estado se asegura a sí mismo la protección y el ejercicio de su poder. Un espacio absolutamente deshabitado, en que además no existiese la posibilidad de ser alguna vez habitado por hombres, no podría ser nunca anexionado en calidad de territorio.

sideraron inadmisibles. La división del territorio del Estado ha sido consecuencia de haber concebido a éste jurídicamente como entidad de derecho privado, al que era extraño el concepto del poder unitario del Estado; más bien se consideraba el poder como un agregado de diferentes derechos reales y personales, y, por tanto, no se podía llegar a alcanzar jamás una visión clara acerca de cómo el territorio era un elemento del Estado. En tanto que no se ha reconocido al territorio la propiedad de ser un momento del Estado como sujeto, hubo de considerársele como una cosa, divisible, por consiguiente, en virtud de su propia naturaleza.[20]

La indivisibilidad del territorio del Estado, tal como ha sido expuesta frecuentemente en la época moderna en las constituciones, ofrece una excepción importante. Mediante un contrato entre Estados puede segregarse una parte del territorio y transmitirse a otro, ya a consecuencia de una guerra, ya por otra razón, como es, por ejemplo, la determinación de fronteras o cesión voluntaria. Estos hechos jurídicos, sin embargo, no prueban que exista en el derecho político o internacional un derecho real, pues lo que se transmite no es tanto la tierra nuestra, la cual, en cuanto tal, no puede quedar sometida a la dominación del Estado cuanto el poder sobre los hombres que habitan en aquella tierra. Toda cesión es exclusivamente transmisión de *imperium*. El *imperium* de un Estado retrocede cuando el del otro se extiende. Por esto, en tanto que mediante la cesión disminuye un Estado, el otro aumenta. El efecto primero y próximo del acto de cesión es un cambio en el Estado como sujeto.[21] Sobre la base de esta modificación subjetiva, puede tratar el nuevo adquirente a la parte nueva de territorio como base de su poder. Esta cualidad de objeto que tiene el territorio es, ante todo, precisamente por esto, de naturaleza secundaria y derivada de su propiedad primaria de ser un elemento de la personalidad del Estado. Lo que acabamos de decir vale igualmente para la ocupación en el derecho internacional. Lo que es ocupado es el *imperium* sobre un determinado espacio, con las consecuencias naturales de la extensión de la personalidad internacional exteriormente, y del poder de dominación en lo interior.

Cuando se trata de la nueva formación de un Estado, no cabe tampoco afirmar que el poder del Estado toma posesión de la tierra, sino que el Estado nace con la existencia efectiva de un territorio sobre el cual ejerce

[20] Para estudiar en Alemania la evolución de la doctrina de la indivisibilidad del Estado, véase la exposición admirable de Gerber, *Über die Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete, Gesammelte juristische Abhandlungen*, II, pp. 441 ss., cuyos argumentos no han sido tomados en consideración por la jurisprudencia última, no obstante ser irrefutables.

[21] Cambio, no aniquilamiento o nueva creación, como dice Fücker en su *op. cit.*, p. 27, o como afirma Heilborn, *System*, pp. 10 ss. Un cambio en el territorio es por lo común, no sólo desde el punto de vista material, sino desde el punto de vista formal-jurídico, una modificación constitucional, pero no del Estado.

un poder de dominación. Desde el momento en que Bélgica se hace independiente, el territorio de ésta, que hasta entonces correspondió a los Países Bajos, pasó a ser parte esencial del nuevo Estado.

Lo que se dice del Estado puede igualmente aplicarse a otras corporaciones territoriales, singularmente a las asociaciones municipales, las cuales ejercen sobre su territorio un poder derivado del Estado, aun cuando tengan en una cierta medida independencia jurídica. Respecto de estas corporaciones, el territorio es igualmente un elemento primordial de su personalidad: dominan sobre personas, sobre cosas y, por tanto, también, aunque sólo de un modo indirecto, sobre su distrito, dentro del cual les es posible ordenar a las personas, realizar determinados actos, valiéndose siempre para ello de medios de derecho privado. La mayor parte de la administración municipal es social, no tiene el carácter público, y, por consiguiente, solamente puede llevarse a cabo dentro de las normas jurídicas que caen dentro de aquel orden de derecho que se refiere a los individuos particularmente y a las asociaciones que no disponen de un poder público. El orden jurídico puede conceder un privilegio a este tipo de actividad, análogo al del Estado, pero sin que por ello se transforme el acto social en acto de poder público.

El reconocimiento de que la relación del Estado con el territorio es de carácter personal y no de carácter jurídico real es uno de los resultados de más importancia en la doctrina moderna del derecho político.[22] La concepción del territorio como un derecho real conduce en sus últimas consecuencias a la confusión entre poder público y propiedad.[23] Esta confusión entre *dominium* e *imperium* puede designarse justamente como la nota más característica de la concepción práctica que la Edad Media tuvo del Estado. Para la escuela del derecho natural, por el contrario, el Estado no era otra cosa que una persona corporativa. Como hemos hecho notar ya, no hay definición alguna del Estado desde Bodin a Kant en que se haya hecho mención del territorio; pero si se toca en alguna ocasión a las relaciones jurídicas del territorio, entonces la escuela del derecho natural, a pesar de la distinción tan común en ella, entre *imperium* y *dominium*,[24] acuden como medio explicativo a la idea jurídica feudal del dominio eminente, o bien a la teoría patrimonial del Estado. El derecho político positivo, existente en Inglaterra y en Francia antes de la re-

[22] En consonancia con Fricker, está hoy expuesta y representada por G. Meyer, § 74; Rosin, *Öff. Genossenschaft*, p. 46 (si bien sólo en el aspecto de derecho político del territorio); Preuss, *op. cit.*, pp. 262 ss.; Curtius, *op. cit.*, pp. 1 ss.; Bansi, *op. cit.*, pp. 668 ss.; Anschütz, *Enzyklopädie*, pp. 453 ss.

[23] Para estudiar la historia del concepto de la soberanía territorial, véase, Preuss, *op. cit.*, pp. 291 ss.; Heimburger, *op. cit.*, pp. 11 ss.; Bansi, *op. cit.*, pp. 643 ss.

[24] Distinción conocida ya por los posglosadores; véase Hatschek, *Stellung des Fiskus*, p. 26.

volución, no llegó a superar la idea del dominio eminente del rey sobre todas las propiedades. En Alemania subsiste la teoría del derecho territorial del Estado hasta la terminación de la época imperial. Éste es el pensamiento que incide en la doctrina patrimonial, la cual asigna un carácter real a la soberanía sobre el territorio. Aun la doctrina alemana del derecho político en el siglo XIX ha estado sometida a los influjos de la teoría patrimonial. Entre los derechos particulares de soberanía que van unidos a la teoría constitucional francesa de los poderes del Estado, encuéntrase la llamada soberanía sobre el territorio *(jus sublime in territorium)*, de donde se derivan y justifican todas aquellas medidas políticas extraordinarias y sorprendentes acerca de las relaciones con el territorio.[25] A Gerber y Fricker se debe el haber llegado a mostrar con claridad este punto, precisamente por la oposición de sus doctrinas.

En el derecho internacional[26] se ha mantenido viva hasta hoy la idea del carácter de derecho real de la relación del Estado con el territorio. Conforme a esta concepción, habría de reconocerse, junto a las demás exteriorizaciones del poder del Estado, una soberanía sobre el territorio. La supervivencia de esta concepción en el derecho internacional se debe a que los Estados, en sus relaciones internacionales, son siempre considerados como individuos, y de aquí que hayan quedado adheridos al derecho internacional, cuando trata de la naturaleza del poder del Estado, tantos vestigios de la antigua teoría patrimonial.[27] Sin embargo, todos

[25] Véase, por ejemplo, Klüber, *Öff. Recht des teutschen Bundes*, 4ª ed., §§ 328-329, que considera el ejercicio de la soberanía sobre el territorio como un acto de propiedad del Estado, y deriva de este principio la prohibición respecto a los extranjeros de ocupar las cosas sin dueños. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, 3ª ed., § 60, fundamenta el derecho de expropiación a la manera antigua, en el derecho que tiene el poder del Estado al territorio; Zopfl, I, § 273 ss., coordina la soberanía territorial con la de justicia, policía y otros privilegios, y en II, § 113, deduce de ello una serie de efectos especiales. Gareis, *op. cit.*, pp. 138 ss., deduce una serie de consecuencias de la soberanía territorial, considerada independientemente de la soberanía personal.

[26] La antigua doctrina del derecho real de soberanía continúa hoy siendo defendida por autores no alemanes. Así, por ejemplo, Calvo, *Le Droit International théorique et practique*, I, § 205 ss.; F. von Martens (trad. de Bergbohm, hay traduccción castellana publicada por La España Moderna), *Völkerrecht*, I, § 88, hace derivar el derecho de gravar con impuestos del principio de la soberanía territorial; Pradier-Foderé, *Traité de Droit International public européen et américain*, II, 1885, pp. 123 ss. En esta obra, la doctrina del territorio se trata al hablar del derecho de propiedad; P. Fiore, *Trattato del Diritto Internazionale pubblico*, 3ª ed., I, 1887, p. 342 (de esta obra hay igualmente traducción castellana, publicada por la casa Góngora); Rivier, *Principes du Droit des gens*, 1896, I, p. 288; Bonfils, *op. cit.*, p. 139; Holtzendorff mismo, en *Handbuch des Völkerrechts*, II, 1887, pp. 289 ss., también trata de ello. Sin embargo, no falta a estos autores la afirmación de que la soberanía territorial es *imperium* y no *dominium*.

[27] Heilborn, p. 5, *op. cit.*, busca el medio de sustraer del derecho internacional la doctrina de carácter realista del territorio. Para ello se sirve de la moderna teoría de los derechos reales; pero sin que podamos sacar nosotros de su polémica un argumento decisivo contra la concepción que aquí exponemos.

los fenómenos del derecho internacional que aparentemente tienen un carácter de derecho real, como, por ejemplo, las cesiones de territorio, las anexiones, las servidumbres por parte de un Estado, la ocupación por un acto contractual, la hipoteca, etc.,[28] se refieren a la cualidad subjetiva del territorio y a las condiciones del dominio personal del Estado, el cual no puede obrar sobre la tierra sino de un modo indirecto. Demostrar esto con minuciosidad rebasaría los límites de este libro, pero sería, sin embargo, una obra digna de estima la de liberar a la doctrina del territorio del Estado de toda contaminación de derecho privado, e introducirla de esta suerte, al fin, en el derecho internacional.

2. La población del Estado

Los hombres que pertenecen a un Estado forman en su totalidad la población del mismo. Al igual que el territorio, tiene el pueblo en el Estado una doble función: de un lado, es un elemento de la asociación estatista al formar parte de ésta, en cuanto el Estado es sujeto del poder público. Designaremos al pueblo, desde este punto de vista, como pueblo en su aspecto subjetivo. En otro sentido, es el pueblo objeto de la actividad del Estado, es decir, pueblo en cuanto objeto.[29]

Ambas cualidades han sido por vez primera diferenciadas, gracias a la teoría moderna de la soberanía del pueblo. Rousseau asigna a todo individuo una doble cualidad, a saber: la de ser *citoyen*, es decir, ciudadano activo que participa en la formación de la voluntad común, y la de ser *sujet*, esto es, un sometido a aquella voluntad.[30] Las doctrinas posteriores acerca del Estado que han superado al derecho natural reconocieron al pueblo como un elemento del Estado; pero frecuentemente el reconocimiento de la cualidad subjetiva del pueblo lo dejan en un lugar secundario, lo que origina, aún hoy, fácilmente, un error profundo, que consiste en considerar al Estado identificado con el gobierno o en suponerlo dividido

[28] Tal como lo ha demostrado, por ejemplo, Clauss en su obra *Die Lehre von den Staatsdienstbarkeiten*, 1894, pp. 47 ss., la doctrina de las servidumbres del Estado, derivada de la concepción del derecho político según un punto de vista de derecho privado, no resiste a la crítica. Lo que se designa de este modo no son sino relaciones puramente obligatorias, como ha hecho ver muy acertadamente Von Liszt, *Das Völkerrecht*, pp. 71 ss. y 159 ss.

[29] Sólo tiene una significación jurídica la palabra, amplia y equívoca, de *pueblo*, en cuanto se designa con ella el conjunto de los miembros del Estado. La denominación de pueblo, aplicada a la totalidad de los súbditos en oposición al soberano, ofrece un sentido político, pues jurídicamente los individuos titulares de las más altas funciones, en cuanto individuos, están sometidos a la voluntad del Estado expresada en las formalidades de la ley.

[30] *"A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de* peuple, *et s'appellent en particulier* citoyens, *comme participant à l'autorité souveraine, et* sujets, *comme soumis aux lois de l'État." Contrat social,* I, 6.

en dos personas sin lazo jurídico alguno entre sí, una de las cuales sería la del soberano y la otra el pueblo, es decir: la suma de los individuos considerados como objeto del soberano.[31]

El fundamento práctico de este error radica en que los efectos de aquella cualidad subjetiva del pueblo no son susceptibles de ser conocidos sino en un Estado organizado democráticamente, y aun en las mismas democracias, sólo una parte del pueblo realiza una función activa en el Estado.

Si se parte del conocimiento de la naturaleza corporativa del Estado, se deduce de este concepto la cualidad subjetiva del pueblo de una manera que podría llamarse tautológica. No sólo se llega al conocimiento del Estado mediante la deducción, sino también mediante un orden de reflexiones que hasta ahora no ha sido expuesto.

Una pluralidad de hombres sometidos a una autoridad común, que no lleguen a poseer la cualidad subjetiva de un pueblo, no sería un Estado, porque a todos les faltaría ese momento que hace de la pluralidad una unidad. Una situación de esta naturaleza correspondería tal vez a aquella en que se encontraba el señor y el feudatario en el mundo medieval, quienes, en virtud de títulos jurídicos diferentes, poseían una variedad de territorios, que, no obstante ser de un mismo dueño, no constituían una comunidad interior, pues permanecían conscientes de su existencia jurídica distinta, aislada. Actualmente ofrecen un ejemplo muy elocuente de esto los territorios protegidos por Alemania, en los que se muestra cómo la sola unidad interna del poder del Estado no es suficiente para fundamentar una unidad estatista. El poder que protege es idéntico al poder del imperio, y sin embargo, los territorios protegidos no forman una unidad estatista con el reino, porque si bien el pueblo de estos territorios está sometido al imperio, en cambio no comparte con el pueblo, que forma el imperio, la cualidad subjetiva de éste.

Por esto un Estado, formado por esclavos, a cuyo frente estuviera un gran dueño de plantaciones, sólo tendría de Estado el nombre. Entre estos miles de esclavos faltaría un lazo jurídico que uniese los unos a los otros. Estos esclavos, en tal situación, no tendrían la menor conciencia de su existencia recíproca. Cuando la doctrina antigua del Estado limitaba los fenómenos del mismo a los hombres libres, expresaba con esto una de sus más profundas verdades. Sólo entre hombres libres, dice Aristóteles, es posible un derecho en el sentido político, y sin este derecho no hay Estado.[32]

El pueblo, en su cualidad subjetiva, forma, a causa de la unidad del Estado, una corporación, esto es: todos sus individuos están unidos, enlaza-

[31] Véase mi obra *System des Sub. öff. R.* pp. 8 ss. Haenel, en su obra *Staatsrecht*, I, pp. 93 ss., ha desarrollado con mucho acierto la doctrina exacta.

[32] *Eth. Nic.*, v, 10, 1134.

dos entre sí, en cuanto sujetos del Estado: son miembros de éste, que es, por tanto, al propio tiempo, asociación de autoridad y asociación corporativa. Ambos elementos, el autoritario y el de asociación, se resuelven en una unidad necesaria en la corporación estatista. A causa de la autoridad del poder del Estado, es el pueblo objeto del *imperium*, y se encuentra, desde este punto de vista, en una mera subordinación; mas como los individuos, en su cualidad de elementos del Estado, se hallan en la situación de miembros y son, por tanto, sujetos, viven en este sentido coordinados. Los individuos, en cuanto objetos del poder del Estado, son sujetos de deberes; en cuanto miembros del Estado, por el contrario, sujetos de derecho.

La subjetividad jurídica se afirma en oposición al Estado.[33] Esta subjetividad se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es, como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la evolución total de la cultura, según la cual, en el Estado moderno, todo hombre que está sometido de algún modo al poder del Estado, es al propio tiempo, frente a él, persona. Por esto, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no, permanentemente, a este Estado, el que, siquiera sea transitoriamente, se encuentre sometido al poder de un Estado extraño, no sólo es considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tiene deberes públicos, tiene a su vez derechos de esta naturaleza.

El hecho de pertenecer el individuo al pueblo se exterioriza también en la existencia efectiva de una esfera de derecho público reconocida por el Estado. Son miembros de este pueblo, en su cualidad subjetiva, la totalidad de los miembros del Estado, es decir, aquellos que poseen un *motivus* para plantear una exigencia jurídica al poder del Estado. El derecho público subjetivo es, pues, el fundamento del carácter corporativo del Estado.

La existencia y significación del derecho público subjetivo del individuo ha sido, dentro de la doctrina jurídica positiva del derecho público, la que más tardíamente se ha llegado a conocer. Al principio todo el derecho público fue referido al estudio de los poderes del Estado, cuyas funciones se concibieron al propio tiempo como derechos de soberanía, de suerte que los poderes del Estado aparecían frente a los súbditos y a los Estados extranjeros como una suma de derechos. La jurisprudencia del Estado absoluto no superó esta visión. Más tarde, la concepción que se basa en los

[33] Véase, para cuanto se refiere a la parte que sigue, mi obra *System des Sub. öff. R.*

restos del Estado feudal, en el reconocimiento de los derechos de soberanía, en los privilegios de individuos y asociaciones, no era capaz de traer a la conciencia científica el concepto del derecho público subjetivo del miembro del Estado. Lo que hace esta doctrina es identificar el derecho del individuo con el derecho privado, y sólo en cuanto se mantiene el individuo en la esfera de derecho privado le reconoce de un modo manifiesto el Estado el carácter de titular de un derecho.[34]

El conocimiento y reconocimiento del derecho público subjetivo se ha ido poniendo de manifiesto merced al proceso y evolución de la historia del Estado moderno. En la Antigüedad fue reconocida claramente la cualidad de ciudadano como miembro activo del Estado. Se identificaba el ciudadano con aquel que participaba jurídicamente en el ejercicio de la soberanía del Estado. Las demás cualidades jurídicas del individuo no fueron objeto de conocimiento y consideración teórica, porque a los helenos, como a los romanos, les faltó para ello una ocasión política decisiva. De aquí pudo nacer la falsa idea de creer que en el Estado antiguo no existió, en general, una esfera de derechos públicos individuales. En la Edad Media, por el contrario, faltó la concepción de la unidad del Estado, y por tanto, la distinción radical entre el derecho público y el privado. El individuo aparece, dentro de la concepción jurídica de los germanos, con títulos de derechos que no derivan, en modo alguno, de una concesión del Estado. Éste es también el caso cuando se trata de las libertades territoriales y de los derechos que corresponden al reino, y por tanto, a sus habitantes frente al rey.[35] Las cartas de libertades son tratados de paz o *modus vivendis* entre el rey y el reino; son relaciones realizadas conforme a contrato entre ambas partes del Estado, y que garantizan a cada uno los derechos que exigían. Que estos derechos fueran de otra naturaleza que los derechos privados, es cuestión que queda extraña al pensamiento jurídico de los germanos; es más, aun aquel derecho que se mantuvo más libre de todo influjo romanista, el derecho inglés, nunca ha llegado a una estricta diferenciación entre el derecho público y el privado.

El Estado absoluto tiene como fin aniquilar completamente el derecho originario individual; pero no puede destruir totalmente la conciencia de la prioridad de los derechos individuales. Aun a los teorizadores del absolutismo, sólo les es posible derivar el derecho ilimitado del monarca del traspaso que originariamente hacen los individuos al Estado del círculo de sus derechos individuales. Para los que no combaten con ar-

[34] Véase acerca de esto las observaciones interesantes de Otto Mayer, *op. cit.*, I, pp. 38 ss.

[35] En las antiguas cartas de las libertades inglesas hallamos como sujeto de *jures et libertates* unas veces los *homines in regno nostro*, y otras el *regnum* mismo. Véase Jellinek; *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, p. 31, n. 1. *(La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. española del señor Posada, Madrid, V. Suárez.)

gumentos teológicos el dualismo medieval de la doctrina del Estado, los derechos individuales permanecen siempre como anteriores a los derechos del soberano.

El Estado cristiano tenía una competencia limitada. Hallaba en las exigencias religiosas de la Iglesia una limitación insuperable. En los primeros tiempos del cristianismo se afirmó ya la libertad de las creencias religiosas con respecto a las disposiciones del Estado.[36] En la lucha vigorosa que se entabla en la Edad Media entre el Estado y la Iglesia, no pretendió jamás el Estado transformar el *jus in sacra* —como aconteció en el antiguo derecho romano con el *jus sacrum*— en una parte de su propio orden jurídico. Cuando él obligaba coactivamente a una determinada creencia, no lo hacía en nombre propio, sino en cumplimiento de deberes eclesiásticos.

De este dualismo entre el Estado y la Iglesia, unido a la antigua concepción germánica —que jamás había desaparecido— acerca de la prioridad de los derechos individuales, los cuales no crea el Estado, sino sólo reconoce, nace la idea de los derechos innatos del hombre. Las luchas que se originan como consecuencia de la Reforma entre los congregacionistas e independientes en Inglaterra y Escocia es causa de que surja la doctrina del derecho originario a la libertad de conciencia religiosa. Ya he tratado en otro lugar más detalladamente este proceso del pensamiento.[37]

Estos derechos hallaron su expresión positiva por vez primera al fundarse alguna de las colonias inglesas en América. Más tarde, cuando hubieron de luchar la corona y el parlamento en Inglaterra por el predominio, trataron los ingleses de garantir de todo ataque y poner fuera de duda los antiguos derechos y libertades, obteniendo para este fin el reconocimiento expreso del rey en la *Petition of Right* (1628) y en el *Bill of Rights* (1689). Aun cuando estos documentos responden a una antigua concepción del derecho y contienen, sin diferenciarlos, principios de derecho objetivo y fijación de derechos subjetivos, son, sin embargo, los primeros intentos de codificación de los derechos públicos del individuo.[38]

[36] Véase Von Eicken, *op. cit.*, p. 121.

[37] *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 35 ss. Véase también David G. Ritchie, *Natural Rights*, Londres, 1895, pp. 3 ss.; D'Eichtal, *Souveraineté du peuple et gouvernement*, 1895, pp. 47, 71 ss.; Rieker, *Historische Vierteljahrschrift*, 1898, pp. 393 ss.

[38] La *Petition of Right* se relaciona por la forma con las leyes existentes, y sólo pretende afirmar de nuevo el antiguo derecho del país, como a menudo se había llevado a cabo en otros reinados, en la forma de *confirmatio chartarum*. En esencia, no contiene sino prescripciones encaminadas a afirmar que debe procederse con arreglo a las leyes existentes, como el rey, a su vez, había afirmado en la respuesta en que concedía la petición a ruegos del parlamento, según la cual, el derecho debe ser el que corresponde a las leyes y costumbres del reino (*"The king willeth that right he done according to the laws and customs of the realm"*). En verdad, la petición no es sino una línea divisoria entre los dos poderes enemigos que existían entonces en el Estado, a saber: rey y parlamento. Las leyes se describen en él no sólo como normas a las cuales debe acomodarse en su ejercicio el poder del Estado, sino al

También las colonias americanas, en la época que media entre la *Petition* y el *Bill* de derechos, reunieron varias veces en sus leyes coloniales las antiguas y las nuevas libertades que les había concedido la corona, y que fueron precisamente denominadas después *Bill* de derechos. Independientemente de esta declaración de derechos, en América, y sobre todo en Rhode Island y en algunas otras colonias, principia a reconocerse jurídicamente la libertad de conciencia, si bien a menudo con ciertas limitaciones. Esta libertad se concedía, naturalmente, no sólo a los colonos ingleses, sino a todos los hombres que se establecían en el territorio de la colonia. Por consiguiente, en el siglo XVII se reconoció ya un derecho al hombre en general, que no halló su fundamento en la Carta Magna ni en las leyes inglesas posteriores a ésta, sino en la conciencia humana, elevada a juez supremo en materia de creencias por obra de la reforma.

El derecho natural partía de la libertad originaria del individuo, y hacía derivar de ella la autoridad del Estado; pero este derecho de autoridad no tenía, según la mayor parte de los escritores, limitación alguna, y si la tenía, no era otra que la que el propio soberano se ponía. Rousseau mismo no conoce que haya límite alguno para la voluntad general soberana. Ésta establece iguales normas generales para todos; mas en todo lo que se refiere a la libertad que sigue correspondiendo al individuo adviértese que no hay una ley fundamental restrictiva.[39]

propio tiempo, como las engendradoras de *Just rights and liberties* de los súbditos. Si, pues, la petición de derecho es el paso primero para determinar de una manera clara las relaciones entre el poder y el pueblo al comienzo de la gran lucha entre la corona y el parlamento, es preciso considerar entonces el *Bill of Rights* que confirmó Guillermo III, como el que ha traído la paz, afirmada definitivamente por una nueva dinastía llamada al poder por el parlamento. La *Petition of Rights* no se propone formalmente crear un nuevo derecho, sino afirmar el antiguo. Se lamenta también de la vulneración del derecho y exige la declaración de que los derechos expresados "son los derechos y las libertades verdaderas e indudables del pueblo de estos reinos". Cómo, en verdad, llega a crear la petición un nuevo derecho en este camino de la interpretación auténtica es cuestión que podemos sólo indicar aquí. También en ella se muestra la indistinción entre el derecho objetivo del país y los derechos subjetivos de los individuos. La mayor parte de su contenido se refiere a los deberes y limitaciones legales de la corona. De nuevo nos ofrece la antigua concepción dualista del Estado, conforme a la cual, los deberes de la Corona son al propio tiempo objeto de una exigencia jurídica del pueblo. Así como del pacto entre rey y pueblo nace para el príncipe el derecho de que los súbditos obedezcan a la ley, así también el pueblo exige que el rey se mantenga dentro de los límites legales.

[39] Véase *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 5 ss. Conviene hacer notar de nuevo que, justamente el principio mediante el cual se hacen prácticos, por vez primera, los derechos del hombre, fue decididamente combatido por Rousseau. En vez de reconocer la libertad de creencias como un derecho absoluto del hombre, exige una religión civil no menos intolerante que las iglesias dominantes. *"Il y a donc une profession de foi purement civile dont il appartient au souverain de fixer les articles, non pas précisément comme dogmes de religion, mais comme sentiments de sociabilité sans lesquels il est impossible d'être bon citoyen ni sujet fidèle. Sans pouvoir obliger personne à les croire, il peut bannir de l'État quiconque ne les croit pas... Que si quelqu'un après avoir reconnu publiquement ces mêmes dogmes, se conduit comme ne les croyant pas, qu'il soit puni de mort; il a commis le plus grand des cri-*

Otros tratadistas del derecho natural afirman la existencia de un derecho originario de libertad, que no ha de ser totalmente absorbido por el Estado,[40] sin que hayan llegado a construir, basándose en este principio, una doctrina completa de los derechos públicos subjetivos. Ésta se ha edificado principalmente como una adición al gran movimiento inglés político religioso del siglo XVII. Inmediatamente después de haberse publicado la ley del *Bill of Rights*, Locke postuló, partiendo del carácter inseparable que tiene la libertad con relación a la esencia del hombre, las limitaciones que habrían de exigirse al poder del Estado, cuyos fines consistirían en la protección de la vida, la libertad y la propiedad.[41] En el siglo siguiente publica Blackstone su obra famosa, que tanto influye sobre el derecho inglés y transforma aquellos principios limitativos del poder del Estado, de que hablara Locke, en fórmulas jurídicas objetivas a las que considera como derecho absoluto de todos los ingleses, derivado del derecho natural, y al propio tiempo de los principios contenidos en el *Bill of Rights*.[42]

mes, il a menti devant les lois." Entre estos dogmas se cuenta el poder supremo de Dios, la inmortalidad del alma y el premio y castigo según los servicios. Véase *Contrat soc.*, IV, 8. Véase también la carta a Voltaire del 18 de agosto de 1756, *Oeuvres*, X, p. 132.

[40] Entre los defensores del derecho natural, véase, como el más claro, Wolff, *Jus nat.*, VIII, § 980; véase también Esmein, pp. 161 ss.; Rehm, *Staatslehre*, pp. 242 ss.

[41] *On Govern*, II, XI, § 142.

[42] I, 1, pp. 109 ss. Varias veces he indicado el lugar que corresponde a Blackstone en la historia de las concepciones del derecho público subjetivo (véase *System d. subj. öff. Rechte*, pp. 1 ss., y *Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, pp. 33, 48 ss.). Es inexacta la afirmación que hace Rehm (*Staatslehre* pp. 247 ss.), apoyado en las noticias incompletas de Borgeaud y Foster, de que los comentarios de Blackstone hayan tenido un determinado influjo en las doctrinas americanas de 1776. Más bien fue la obra anónima de Blackstone, aparecida en 1754, *An Analysis of the Laws of England*, la que indirectamente influyó sobre las fórmulas de 1776 (*Erklärung der Menschen und Bürgerrechte*, p. 53); es igualmente inexacto lo que afirma Rehm, de que proceda de Blackstone la idea de un derecho de libertad inviolable pero legalmente limitable. Si bien Blackstone explica en el *Analysis* que la libertad política o civil es una libertad natural, humana, *"so far restrained by human laws as it is necessary for the Good of Society"* (l. c.), lo que realmente hace no es sino afirmar lo que Locke ya había dicho a quien en este punto (*Commentaries*, I, p. 126) se refiere de una manera expresa: *"for (as Locke has well observed) where is no law there is no freedom"*. Por lo demás, se trataba aquí de la doctrina remotísima y evidente para el legislador, de si la libertad es conciliable con limitaciones legales. Para descubrir esta trivialidad no necesitaba la humanidad esperar a Locke y Blackstone. La famosa carta de Carlos II otorgada a Rhode-Island contiene ya el reconocimiento de la libertad de creencia, con esta limitación: que no debe consistir ni en abusar de la libertad ni en turbar la paz. (Véase *Erklärung. d. M. u. Bürgerrechte* p. 42, n. 1.) Además, hay que hacer notar que en la declaración de Virginia y en todas las declaraciones de 1776, comprendiendo en ellas la de independencia, el no hablar de las limitaciones de los derechos fundamentales, no hay duda alguna que se debe a que se considera superfluo. La declaración posterior de Massachusetts, de 1780, a que se refiere Rehm, afirma tan sólo que la protección jurídica debe llevarse a cabo, no arbitrariamente, sino *"according to standing laws"*; en rigor, esto no es sino la antigua frase que procede de la Carta Magna, según la cual todos los hombres deben sufrir una disminución en sus bienes jurídicos, *per legem terrae*. La diferencia completamente imperceptible para quien no sea jurista, que quiere mostrar Rehm entre las concepciones de los tiempos primitivos y las de las declaraciones, no existe. Tampoco es exacta su afirmación de que en

En el curso del siglo XVIII, las doctrinas del derecho natural, juntamente con ciertas situaciones políticas y sociales, fueron causa de que en América se considerasen injustificadas muchas limitaciones existentes respecto a la libertad individual: y surgió la idea de que existe un gran número de derechos generales de libertad, que tienen el valor de condiciones bajo las cuales entra el individuo a formar parte del Estado y a las que, por consiguiente, no puede éste atentar, sino sólo impedir su abuso. Cuando las colonias americanas se desprenden más tarde de la madre patria, desempeña un gran papel esta concepción de los derechos originarios reconocidos por el Estado. Al hacer éste su aparición y al revolverse ellas contra el dominio de Inglaterra, no creen incurrir en una obra revolucionaria, sino que, por el contrario, creen que lo que hacen es ejercitar la defensa de los propios derechos. La Constitución de las colonias, al advenir soberanas,

los contratos de formación de colonia quede excluida toda influencia sobre la libertad de creencias; más bien puede decirse que las constituciones, a partir de 1776, tienen el mismo lenguaje. La libertad de creencia fue para los americanos, desde su origen, inalienable, y no como opina Rehm, algo meramente afirmado por el contrato social. Así resulta, no sólo de la evolución histórica de las ideas a que nos referimos, sino de los propios documentos legales. Justamente aquella *Fundamental Orders of Connecticut*, que cita Rehm para sus afirmaciones, declara que la nueva comunidad habrá de fundarse para *"to mayntayne and preserve the liberty and purety of the gospell"*, declaran, por consiguiente, el motivo de la fundación del Estado, pero no el resultado de la misma. Además, relaciones históricas como aquella de que nos estamos ocupando, no pueden comprenderse cuando quedan limitadas a la mera interpretación literal de los documentos. El origen religioso de los derechos del hombre es hoy defendido, aun en Francia, de un modo enérgico y penetrante desde el punto de vista católico, por Saltet, *L'origine religieuse de la déclaration des droits de l'homme*, París, 1903, pp. 56 ss., publicado en el Institut Catholique de Toulouse. "Conférences pour le temps présent." Desde el punto de vista protestante, véase Mealy, *Les publicistes de la Reforme*, París. Thèse, 1903, p. 257. Y adviértase que en Francia se ha querido defender la originalidad de la constituyente francesa frente a mi tesis de las relaciones históricas entre las fórmulas de 1789 y las luchas por la libertad religiosa en las colonias inglesas americanas. De todas suertes, no es éste el lugar de ocuparnos de las nuevas publicaciones (pocas en número, francesas, italianas, griegas y americanas) que se han ocupado del origen de la declaración de derechos y de mis afirmaciones acerca de este punto. Sobre las publicaciones francesas, véase Egon Zweig, en el suplemento al *Allg. Zeitung* del 25 de mayo de 1905. Son de mucha importancia las observaciones de Max Weber, *Archiv für Sozialwissenschaft*, 1905, p. 42, núm. 78. En Alemania ha publicado recientemente R. Schmidt un trabajo, *Prozessrecht und Staatsrecht*, 1904, p. 24, nota, en que se impugna el valor práctico de los derechos individuales del hombre, a los que se considera solamente como una quimera doctrinal. Si Schmidt hubiese echado siquiera una rápida ojeada sobre las declaraciones de derecho americanas, en las que, precisamente, juega un papel tan importante el principio del *Bill of Rights*, y sobre el que tanto se cuestiona hoy en nuestra vida pública; si hubiera sabido que en Austria se acababa de crear un tribunal especial para proteger a los ciudadanos contra las vulneraciones de los derechos consagrados en la Constitución, y que sobre esta materia ha llegado a desarrollarse una jurisprudencia amplísima; que el tribunal federal suizo (artículo 113 de la Constitución) tiene una competencia análoga, y que en Francia, recientemente, se ha tratado de implantar un tribunal semejante, habría meditado mucho su juicio acerca de la significación práctica de estos principios que, considerados desde el punto de vista jurídico formal, no pueden menos que suscitar reservas.

singularmente la de Virginia, va precedida de un *Bill* o *Declaration of Rights*, que viene a comprender un código resumido de las exigencias que pueden tener los individuos con respecto al poder del Estado.[43]

Lo ocurrido en los Estados Unidos de América fue objeto de imitación en Francia. El *Bill of Rights* de Virginia movió a Lafayette a proponer a la Constituyente, el 11 de julio de 1789, la promulgación de una declaración de derechos, la que fue terminada después de largo debate e innumerables proyectos el 26 de agosto de 1789, con el carácter de declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Es indudable que el *Bill of Rights* de los americanos sirvió de modelo para formular los principios de esta declaración.[44] En la Constitución de 1791, fue incluida la declaración de derechos y reproducida en las dos constituciones siguientes. De las posteriores, que se publicaron en Francia, la más importante es la carta de 1814, que sustituye la declaración de los derechos del hombre por una mezquina concesión de derechos, y fue esta carta de gran influjo, porque bajo sus inspiraciones hubieron de reconocer otros varios Estados los derechos del ciudadano. Inmediatamente, la Constitución belga de 1831 incluye una serie mucho más amplia de derechos del ciudadano, que a su vez han llegado a alcanzar exteriorización en muchas otras constituciones. En el movimiento constitucional que tiene lugar en Austria y Alemania en la época de 1848 a 1849, juega un gran papel la idea de un catálogo de derechos fundamentales. Estos catálogos forman hoy parte de las cartas constitucionales, con la sola excepción del Imperio alemán.

Bajo el influjo de este principio constitucional ha nacido la doctrina del derecho público subjetivo. En lo que toca a ella, hay dos concepciones fundamentales y opuestas. La una atiende a la estructura del derecho público subjetivo, y lo concibe como enteramente análogo al derecho privado, no distinguiéndose el uno del otro sino por las personas que intervienen en las relaciones jurídicas de carácter público. La preeminencia y subordinación del Estado o asociaciones públicas respecto del individuo diferencian estas relaciones de aquellas otras que pertenecen al derecho privado y que consisten en una coordinación. La otra concepción niega la existencia del derecho público subjetivo del individuo, y no ve en éste sino un simple reflejo de los principios del derecho público. Entre ambos puntos de vista hay muchos otros que por lo común no obedecen sino a oscuridad y a contradicciones doctrinales.[45]

43 *Erklärung d. M. und Bürgerrechte*, p. 13.

44 Véase *Erklärung*, pp. 8 ss. y 15 ss. Esmein, pp. 395 ss., habla de las declaraciones americanas; pero de igual modo que la mayoría de los franceses, al ocuparse de esta cuestión, no reconoce de un modo expreso que aquellas declaraciones sirviesen de modelo a la de Francia.

45 Acerca de la literatura que puede consultarse sobre este problema, véase *System*, pp. 3 ss. Entre las obras modernas son dignas de mención, especialmente, Haenel, *Staatsrecht*, I,

Ambos puntos de vista, como sucede por lo común con las opiniones extremas, carecen de exactitud. El primero no ha reconocido que existe una diferencia, en el aspecto formal, entre el derecho privado y el derecho público, y el segundo no ha advertido que la negación de los derechos públicos pone en cuestión la posibilidad del orden jurídico, y por consiguiente del Estado.

Por lo que toca a este último punto, conviene afirmar que el derecho solamente es posible entre sujetos de derecho, y que sujeto de derecho es aquel que puede poner en movimiento el orden jurídico, en interés propio. Pero esta facultad es concedida al individuo, ante todo, en la esfera del derecho privado. En ésta no recibe tan sólo el reflejo de la actividad del Estado, como acontece en la función penal y en la de policía; con meros derechos reflejos no hay personalidad. Tales derechos reflejos pueden recaer también sobre los animales, del propio modo que en la época en que el derecho sobre los esclavos hubo de suavizarse, se beneficiaron éstos de la mejora, sin que por ello gozasen de la personalidad. La capacidad que el Estado concede al individuo de mover el orden jurídico en razón de sus intereses personales crea, como todo poder limitado reconocido por el derecho al individuo, un derecho subjetivo; por eso corresponde la personalidad al derecho público; es la condición del derecho privado y de todo el orden jurídico en general, y tal condición, por esta razón, va íntimamente enlazada con la existencia de los derechos públicos individuales.

Éstos se diferencian esencialmente del derecho privado en que se fundan inmediatamente en la personalidad, y no recaen sobre ningún objeto, como acontece en el derecho privado, sino sobre la persona misma. Las exigencias que surgen de estos derechos, y en las que se pone de manifiesto la significación práctica de los mismos, proceden directamente de las facultades que el orden jurídico reconoce a los individuos. Todas estas disposiciones o facultades describen la relación permanente entre el individuo y el Estado; son situaciones jurídicas que descansan sobre los términos de esa relación y constituyen el fundamento de las exigencias públicas de los individuos. Toda exigencia de derecho público nace, pues, inmediatamente, de una determinada posición de la persona respecto al

pp. 93 ss. y 153 ss.; Tetzner, recensión del libro de Jellinek, *System* en *Grünhuts Zeitschr.*, XXI, pp. 107-253; O. Mayer, I, pp. 104 ss.; véase Stengel, *Die Verwaltungsgerichsbarkeit und die öff. R.*, en el *Verwaltungs Archiv*, III, 1895, pp. 176 ss.; Longo, *La teoria dei diritto publici subiettivi e il diritto amministrativo italiano*, Palermo, 1892; Santi Romano, *La teoria dei diritto publici subbiettivi en Orlando, Primo trattato di diritto amm. it.*, I, 1900, pp. 110-220; Esmein, pp. 377 ss.; Hauriou, *Précis du droit administratif et de droit public géneral*, 5ª ed., 1903, pp. 139 ss.; Grasso, *I presupposti giuridici del diritto costituzionale e il rapporto fra lo Stato e il cittadino*, Génova, 1898, pp. 144 ss.; Morelli, *Che cosa sono le libertá civile?*, Módena, 1899; Majorana, *La nazione del diritto pubbblico subiettivi*, Roma, 1904; Barthelémy, *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français*, 1899, pp. 7 ss.; Layer, *op. cit.*, pp. 330 ss.

Estado, posición que tomando como modelo el derecho antiguo, puede ser designada como un *status.*[46]

El reconocimiento del individuo como persona es el fundamento de todas las relaciones jurídicas. Mediante este reconocimiento, el individuo adviene miembro del pueblo, considerado éste en su cualidad subjetiva. Muéstrase esto aún más concretamente en cuanto da lugar el individuo a una relación jurídica con el Estado, que en otro tiempo fue supuesto de todas o de la mayor parte de las exigencias para con él. El reconocimiento como persona y como miembro de aquél es la base de todas las exigencias público-jurídicas que, a causa de esto, comprenden así aquéllas con que el Estado procura la seguridad a todos los hombres que caen dentro de la esfera de acción que abarca su poder, como a los que viven en su territorio de un modo permanente en calidad de ciudadanos.

La totalidad de las exigencias puede dividirse en tres grandes categorías, que corresponden a distintas posiciones del *status* de la personalidad.

a) El individuo, en tanto es persona, sólo está sometido a un poder limitado. La subordinación del individuo al Estado se extiende hasta donde el derecho ordena, pues toda exigencia del Estado respecto del individuo necesita estar fundada jurídicamente. La esfera de libertad del individuo la constituye aquello que resta para él, abstrayéndonos de las limitaciones jurídicas que le son impuestas. Esta libertad no sólo lo es de hecho, sino que a causa de la limitación del poder del Estado y del reconocimiento de la personalidad, tiene también un carácter jurídico. La situación efectiva de libertad en que se halla el hombre con relación a sí mismo se transforma en una situación jurídica, precisamente por la limitación de su sometimiento.

La existencia de ciertas restricciones respecto del individuo ha provocado históricamente la exigencia de que se reconozcan determinados derechos a la libertad. La coacción religiosa y la censura han hecho nacer la idea de la libertad religiosa y de la libertad de prensa. Los ataques y prohibiciones de la policía han sido causa de que se reconozcan libertades, como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de la correspondencia, derechos de asociación y de reunión, etc. Una observación atenta hace ver que aquí no se trata de derechos particulares, sino sólo del reconocimiento de determinadas direcciones de la libertad individual, una en sí misma, e indica aquel círculo de actividad del individuo que está libre de las ordenaciones del Estado. De esta posición de la

[46] Como las exigencias jurídicas de carácter público no nacen de un objeto que esté separado de la personalidad misma, al ser designada ésta atendiendo a su esencia con una palabra, *status,* que indica precisamente una referencia inmediata a la posición de la personalidad, se pone fuera de duda este su carácter esencial. Este fin es el que persigo al considerar los derechos públicos como derivaciones del *status* positivo, negativo y activo, así como con la introducción de un *status* pasivo de la personalidad; véase *System,* pp. 76 ss.

personalidad nace la exigencia, por parte de ella, de que desaparezcan todas las disposiciones del Estado que lesionan la libertad.

b) En medio de las exigencias jurídicas de carácter público se encuentran ínsitas aquellas que se proponen acciones positivas del Estado, en servicio de intereses individuales.[47] En ellas descansa en primera línea el carácter jurídico de las relaciones entre el Estado y el individuo. Los miembros de un mismo pueblo participan al propio tiempo de la vida jurídica, a causa de la protección que el derecho dispensa a sus intereses individuales. El poder poner el juez en acción por intereses que nos atañen concretamente es la nota más esencial de la personalidad. Aun cuando esta protección jurídica sea aún embrionaria en muchos Estados, nunca falta por completo. En vano buscaríamos en la historia de los pueblos cultos un Estado sin tribunales de justicia.

De esta posición de la personalidad nacen además exigencias que llaman en ayuda de los intereses individuales a la actividad administrativa del Estado.[48]

El derecho reflejo ha de separarse radicalmente del derecho subjetivo en este orden de cuestiones. El derecho penal y la policía se proponen proteger los bienes jurídicos del individuo; pero estos fines no sirven de fundamento para proteger ninguna exigencia individualizada. La actividad administrativa del Estado, tal como se ejerce en el derecho común, favorece también al individuo; lo que el Estado concede lo concede para sus miembros actuales o futuros, que reciben de este modo sus dones, pero no siempre como teniendo un derecho que les autorice a ello.

[47] Exigencias respecto del Estado, pero no *poder* sobre el Estado, como afirma O. Mayer, I, p. 100. El poder, es decir, el poder de mando lo tiene el Estado sobre los individuos, y el poder jurídico de éstos, por el contrario, sólo puede consistir, en su relación con la comunidad, en una exigencia análoga a la que deriva en el derecho civil de una obligación; de aquí que sea imposible el poder de autoridad del individuo sobre el Estado, porque dos personalidades no pueden dominarse mutuamente. Véase también Layer, *op. cit.*, pp. 337-338. En la edición francesa de su obra (tomo I, p. 143) limita Mayer su afirmación, y dice que no es el Estado mismo el objeto del derecho público, sino el ejercicio del poder. Según esto, no hay ya ninguna diferencia esencial entre mi doctrina y la de Mayer.

[48] Esta exigencia no coincide con el derecho general de que habla Laband (I, p. 140), a participar en los beneficios de la comunidad estatista, y no se puede afirmar, como lo hace este autor (lugar citado, n. 1), separando de mi sistema algunas frases y rompiendo la conexión de ellas con el todo, que yo, después de "muchas digresiones", reconozco la verdad de su doctrina. Toda exigencia jurídica de carácter público del individuo necesita individualizarse de algún modo, porque de otra suerte no sería posible diferenciarla de la actividad refleja del Estado. Entre los beneficios de la comunidad estatista se cuentan, sin duda alguna, las prisiones organizadas en consonancia con su fin; favorecen la seguridad jurídica y ayudan a mejorar la condición del delincuente, etc., pero no aseguran al condenado, y mucho menos aún a todo ciudadano del Estado, el derecho a participar en la vida de las mismas. El cuidado de los pobres igualmente es un beneficio público, que, por lo común, no da derecho a ser exigido por parte de los que son objeto de socorro. La corrección del curso de los ríos, el saneamiento de las ciudades, las desinfecciones ordenadas como medidas públicas, etc., son beneficios de cuyas consecuencias goza el individuo, pero no como de un derecho.

El reconocimiento del carácter de miembro que corresponde al individuo encierra en sí, ante todo, la garantía de aquellas exigencias. De este modo, la posición de la personalidad puede ser descrita como la situación positiva o de asociado del Estado, que se deriva precisamente de las citadas exigencias de la personalidad. Estas exigencias son lo contrario de las mencionadas anteriormente. Su contenido no lo forma la libertad negativa respecto del Estado, sino los servicios positivos de éste. Ellas constituyen al propio tiempo aquellos efectos reflejos y la compensación que el Estado ofrece al individuo por los sacrificios que obliga a éste respecto de aquél.

c) La voluntad del Estado es voluntad humana. El Estado consigue, según un orden legal determinado, la colaboración de las voluntades individuales que han de realizar sus funciones. Esto puede hacerlo de dos modos: o creando obligaciones, o concediendo un derecho. Estos derechos que concede él para poder realizar sus fines son el fundamento de una posición más amplia de la personalidad, que consigue de este modo la participación en la actividad del Estado al ser reconocida como titular de un órgano en el mismo. Por esto, como más tarde habremos de mostrar, deben separarse la exigencia individual y la actividad de un órgano, porque esta última pertenece exclusivamente al Estado, de suerte que la exigencia del individuo sólo puede consistir en proponer que se le admita a obrar como órgano. Lo dicho vale, tanto para las exigencias que se puedan tener respecto a la situación de órgano permanente, como a la de participar por el voto en la formación de los órganos del Estado. El hecho de votar mismo es actividad para el Estado, esto es, acción de un órgano.[49] De suerte que la exigencia del individuo sólo alcanza a su admisión para el acto de votar.[50]

[49] La cuestión acerca de si el sufragio es un derecho individual o una función pública fue ya tratada en la constituyente francesa. En la sesión del 11 de agosto de 1791, afirmaron Barnave y Thouret que tenía exclusivamente el carácter de actividad de un órgano del Estado. (Véase Esmein, pp. 217-218.) Posteriormente han dicho esto mismo Royer-Collard, Littré, Fouillé y otros. Véase Coutant, *Le vote obligatoire*, París, 1898, pp. 40 ss. En América, Laboulaye y Seaman, y en Inglaterra, J. S. Mill, han afirmado el carácter de función del derecho electoral. (Coutant, pp. 43-44.) Para Alemania, véase Jellinek, *System*, pp. 151-152, y G. Meyer, *Das parlamentarischte Wahlrecht*, pp. 411-412, más las que nombran estos autores. Pyfferoen, *L'électorat politique*, París, 1903, p. 7, considera esta doctrina como la dominante en nuestros días. Actualmente, el profesor Hauriou declara (p. 49) que el derecho electoral tiene el carácter de derecho individual y de función social. Esto es una consecuencia práctica de la doctrina desarrollada por mí, según la cual necesitan ser unificadas las relaciones jurídicas de los dos elementos que contiene el derecho electoral, carácter dual que se funda en nuestras concepciones actuales sobre el derecho público. Quien conciba de otro modo el derecho electoral no podrá menos que eliminar totalmente uno de sus dos elementos necesarios.

[50] Laband, I, en la nota de la p. 307, hace largas consideraciones contra mi punto de vista respecto de la exigencia al reconocimiento, la cual constituye el fundamento del derecho electoral y de otros derechos públicos subjetivos. Esta exigencia es fruto de un corolario

Estas exigencias no se proponen ni una omisión ni una prestación por parte del Estado, sino el reconocimiento por éste de que puede obrar en nombre de él.[51] Dichas exigencias ponen de relieve a aquellos miembros del Estado que gozan de ellas, y de este modo forman un derecho de ciudadanía relevante. De aquí resulta, pues, una situación de ciudadano activo, que en la concepción de los antiguos es tanto como decir simplemente de ciudadano. No hay Estado posible donde no haya personas que puedan tener este orden de exigencias. Por lo menos hay una, el soberano, que necesita ser el titular del órgano más alto. De este modo se muestra de la manera más clara la conexión entre el pueblo, subjetivamente considerado, y el derecho público. El poder del Estado necesita nacer, en algún modo, del pueblo, esto es: el sujeto titular de este poder ha de ser miembro de la comunidad popular. Así como de un rebaño de esclavos —cosas en sentido jurídico— puestos bajo la posesión de un

que surge con un carácter de necesidad de mi concepción de los derechos públicos subjetivos, como consecuencia que brota inmediatamente de la personalidad. Si se quiere refutar esta doctrina, es preciso oponerle otra teoría de los derechos públicos subjetivos; pero esto no lo hace Laband en parte alguna de su obra; no da jamás una definición del concepto del derecho público subjetivo, como si hubiera permanecido extraño a la literatura moderna sobre esta materia. El reconocimiento de elector (no "el derecho a votar", como me atribuye Laband) tiene como consecuencia jurídica necesaria la admisión al voto, y toda una serie posible de exigencias prácticas de gran importancia (por ejemplo, el derecho a impugnar las listas electorales, el derecho a impugnar el voto), las cuales se desprenden de la cualidad de elector, como, por ejemplo, las innumerables exigencias que nacen inmediatamente que se le concede a un extranjero la cualidad de ciudadano de un Estado. Considera Laband la pertenencia a un Estado, aun cuando sobre este punto no dice nada expresamente, como una situación, pero no la concibe como un derecho. Mi afirmación de que el derecho electoral no consiste exclusivamente en el derecho a votar no es más paradójica que esta otra: que el derecho a la libertad de pensamiento no consiste en modo alguno, como se pretende, en el derecho a pensar, cosa que admite Laband (t. I, p. 138), a causa de los fundamentos de su doctrina sobre el derecho a la libertad. Tampoco es admisible la objeción que hace O. Mayer a mi doctrina, desde el punto de vista de su teoría. Es evidente que, cuando se trata del ejercicio del derecho electoral, no nos referimos tan sólo al acto de depositar una papeleta en la urna electoral, sino a la participación en un acto de nombramiento realizado por el Estado; sólo que la actividad individual cesa, allí donde comienza, en el acto del nombramiento, el influjo de la actividad de un órgano. Piénsese, por ejemplo, en la votación del pueblo en una república democrática para los efectos de acordar una ley. En este caso, al individuo, como tal, sólo se le reconoce el derecho a dar su opinión; pero la votación misma, no hay duda alguna de que no es un acto individual, sino un acto del órgano superior del Estado. Si se concibe este derecho, como lo hace Mayer, como el "poder sobre los mismos poderes públicos", entonces faltaría en estas democracias el órgano supremo, "el titular del poder de Estado", como lo llaman muchos, y en su lugar vendría a ponerse la suma inconexa de individuos con un poder sobre una quimera, sobre la nada.

[51] Esto se muestra con mucha más claridad donde, como en Bélgica, existe el deber electoral. Allí hay también una exigencia individual del elector de ser admitido a la función pública del voto, cuyo cumplimiento puede dar lugar a una reclamación ante los tribunales. El acto electoral mismo es el cumplimiento de un deber de servicio público, sancionado mediante penas (véase Cód. electoral de Bélgica, arts. 220 a 223). La concepción individualista del derecho electoral se encuentra, por tanto, perpleja ante el fenómeno del deber electoral.

señor común no puede nacer un Estado, del propio modo tampoco aparece un Estado, en su sentido riguroso, allí donde existen razas sometidas a quienes se coloca fuera de la comunidad del Estado. El poseedor del latifundio romano dominaba a sus esclavos soberanamente; pero no era considerado como jefe de Estado, sino que la antigua doctrina distinguía sagazmente entre poder doméstico y poder del Estado. Las razas originarias de los países protegidos en África, los indios nómadas de la América del Norte, están sometidos a la dominación de los poderes estatistas que sobre aquellos terrenos ejercen su soberanía, pero no son miembros del Estado.[52] Entre los grupos sometidos a éste y que viven no obstante extraños a él, y el Estado edificado sobre la base de la comunidad de hombres libres, hay toda una serie de transiciones. Los pueblos sometidos y los pueblos atrasados pueden tener una participación limitada en la vida del Estado.

El poder de éste necesita descansar, salvo las épocas que hemos llamado de transición, en la convicción popular sobre la legitimidad del mismo, lo cual es aplicable a todas las formas de gobierno, incluso a las monarquías absolutas. Esta aprobación, expresada de distintos modos y con más o menos vigor, es una condición permanente en la formación concreta del Estado y constituye precisamente una de las funciones necesarias de la comunidad popular como elemento constitutivo del Estado.

Lo que se ha dicho anteriormente acerca de los individuos vale, aunque en distinta medida, para las asociaciones existentes en el Estado en tanto que su personalidad es más o menos reconocida. Mas también en ellas son distintas las posiciones de aquélla y las situaciones que se fundan en estas posiciones. Las exigencias o derechos que les corresponden se modifican según su naturaleza y el fin que se proponen. Además, distínguense las asociaciones de carácter privado de las de derecho público por la diferente significación que les da su distinta naturaleza jurídica, pues en estas últimas, como sucedía en los individuos, el reconocimiento de la personalidad lleva aparejado el que se les dote de una esfera de derecho público subjetivo.

Se ha estado siempre pronto a reconocer la segunda propiedad común a los hombres sometidos al Estado, a saber, la de ser súbditos del mismo, por ser nosotros de un modo más inmediato conscientes de ella que de aquella otra que acabamos de explicar. El individuo está sometido a las órdenes del soberano. Esta sujeción no está enlazada de ningún modo necesariamente con la de miembro de un Estado, ni tampoco va unida al supuesto de la personalidad. El peregrino del antiguo derecho romano

[52] Es decir, son personas, pero no ciudadanos reconocidos de la Unión. O. Rüttimann, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, I, 1867, p. 2; Von Holst, p. 75, los llama "pupilos".

y el sin-derecho *(Rechtlose)* del antiguo derecho germano estaban sometidos a la autoridad, sin que su personalidad fuese reconocida por eso: eran sujetos de deberes, no sujetos de derechos. Los grados de esclavitud cambiaban, se modificaban, de igual modo que la situación jurídica de los individuos, e influido por esta situación transformábase el círculo de sus deberes hacia la comunidad. Pero siempre se encontraba sometido a las normas de ésta, de suerte que existía para él un doble poder al que se hallaba sometido: el privado de su señor y el público.

Atendiendo a esta segunda propiedad, los individuos, así como las asociaciones ordenadas dentro de un Estado, son objetos del poder de éste, objeto de la soberanía del mismo; pero entre aquella situación de sujetos de derecho y la situación de sujetos de deberes, hay una transición. Existen deberes que no nacen de un modo inmediato del individuo, sino del carácter de miembros del Estado; esto es, están fundados en la participación del individuo en el pueblo, considerado éste en su sentido jurídico. Son estos deberes aquellos cuya satisfacción no implica solamente una prestación al Estado, sino también una acción para el Estado, tal como, por ejemplo, el deber del servicio militar, el de ser jurado, el de aceptar cargos permanentes honoríficos; en una palabra, el deber de cumplir los servicios públicos. Dentro de estos deberes incide un momento de la más alta importancia, que se expresa en el honor que acompaña la satisfacción de tales deberes. Así, pues, a la obligación de participar en los servicios del ejército y de la justicia acompaña un honor, ya que es posible estar privado de estas obligaciones mediante una pena.

Mas, aun en aquel orden de cuestiones en que el individuo se encuentra frente a frente del poder del Estado y exclusivamente obligado a él, no puede concebirse esta relación como descansando en una separación plena entre el sujeto y el objeto del derecho, sino que más bien se muestra aquí la unidad de todos los elementos del Estado, a pesar de las separaciones posibles de sus distintas cualidades. Esto se advierte principalmente si se observa no al individuo particular sometido, sino al pueblo en su totalidad. En lo que respecta al individuo, su sometimiento al poder del Estado puede llegar hasta el aniquilamiento mismo de la personalidad, en forma de pena. En tanto que el individuo no tiene sino mero deber de obediencia, no es sujeto de derecho. Hay una situación del individuo, la de sometimiento, en la que se encuentra despojado de toda personalidad y no es sino sujeto de deberes.

La obediencia de la totalidad de los sometidos tiene, en cambio, otro carácter; es el complemento del poder del Estado, sin el cual no puede éste existir. Un poder que manda y no es obedecido pierde su carácter de poder de autoridad. Considerado más de cerca, se ve cómo todo el poder del Estado descansa en la obediencia de los súbditos; toda su actividad es

obediencia transformada. Sus funciones sólo pueden satisfacerse mediante prestaciones reales y personales del individuo y de la comunidad. Únicamente por medio de éstas pueden existir, querer y ejecutar lo querido. Es principio que sirve para todos los Estados el de que la medida de su fuerza y de su vigor ha de buscarse en la mayor o menor exactitud con que sus miembros le obedecen y satisfacen sus deberes.

Mediante la comunidad de derechos y deberes únense entre sí los miembros de un pueblo. Esta comunidad recibe su expresión jurídica objetiva por la organización del Estado. Por obra del poder unitivo de éste, la pluralidad de los miembros constituye la unidad del pueblo. Esta unidad es la del pueblo del Estado, la de la multitud fundida, gracias al mismo. He aquí el fundamento de por qué el pueblo, en un sentido jurídico, no es pensable fuera del Estado, del propio modo que el territorio sólo puede concebirse como su dominio espacial, al que no es posible, abstrayéndonos del Estado, representarlo como una parte de la superficie de la tierra desprovista de significación política. Esto explica, al mismo tiempo, la gran dificultad que acompaña a estas investigaciones de principios. Los elementos particulares del Estado se condicionan mutuamente, y por esto, sólo es posible aislar a uno de ellos de un modo hipotético, ya que cada cual tiene como supuesto a los demás. De esta dificultad y de la insuficiente observación de su existencia nacen los mayores errores en la doctrina del Estado. Singularmente, esta manera de considerar aisladamente al pueblo ha conducido a concebirlo fuera del Estado,[53] con lo cual resulta imposible un conocimiento adecuado de las más importantes relaciones de aquél.

Lo que se ha dicho con respecto a las relaciones entre el individuo y el Estado se puede aplicar también a las relaciones del individuo con las sociedades dotadas de *imperium*. Todas las posiciones de la personalidad se repiten en los miembros de estas asociaciones; pero una explicación más detallada de estas relaciones rebasaría los límites propios de una doctrina general del derecho público.

3. El poder del Estado

Toda unidad de fines en los hombres necesita la dirección de una voluntad. Esta voluntad, que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación. Por esto, toda asociación, por escasa

[53] Aún hoy se siente el influjo de estos errores; así lo prueba la literatura de los pueblos latinos, en cuyas lenguas se usan como conceptos equivalentes los de Estado y nación; ésta es una de las causas principales de error.

fuerza interna que posea, tiene un poder peculiar que aparece como una unidad distinta de la de sus miembros.

Hay dos órdenes de poderes: poder dominante y poder no dominante. ¿En qué consiste la distinción de ambos?[54] El poder simple, el poder no dominante de la asociación, se caracteriza por serle posible dar órdenes a los miembros de la asociación, pero carece de fuerza bastante para obligar con sus propios medios a la ejecución de sus órdenes. Todo miembro, de una asociación que no posee poder de autoridad, puede en cualquier ocasión sustraerse a ella. ¿Debe permanecer en la asociación, o debe, en virtud de los estatutos, y a pesar de su salida de la asociación, satisfacer siempre las obligaciones respecto a ésta? Para lo segundo, sería preciso la autorización o la orden de un poder autoritario que estuviese sobre la asociación misma.[55] Esto es aplicable a todas las asociaciones que no disfrutan de *imperium* y no sólo para aquellas en que se ha entrado voluntariamente. Se ve con mucha claridad esta cuestión si se observa la situación de la asociación más poderosa que existe fuera del Estado: la Iglesia católica con respecto a sus miembros. Según la doctrina católica, el bautismo y la ordenación imprimen un carácter indeleble a los que reciben estos sacramentos. Pero si el Estado no sanciona esta imposibilidad de salirse de la Iglesia o del estado de sacerdote, entonces falta a la Iglesia el medio apropiado para dar validez a sus normas respecto de los que se separan de ella y se reintegran a una situación laica. No obstante el enorme poder de la Iglesia sobre sus miembros, no está hoy dotada de un poder de autoridad, a no ser que el Estado le preste su brazo.

Por lejos que pueda ir el poder de una asociación simple en sus órdenes, tiene ésta un límite en lo que respecta a la posibilidad de ejecutar por sí sus normas, límite que se encuentra en la voluntad de los miembros. Le es dable establecer todo un sistema de principios jurídicos para éstos, y hasta fijar determinadas penas. Pero quien no se quiera someter al derecho y a la pena, no puede ser constreñido por ella a hacerlo. Los medios de que dispone para sancionar sus prescripciones son de un carácter disciplinario. Así, pues, su poder es un poder disciplinario, pero no un poder de dominación *(Herrschersgewalt).*

Este poder disciplinario existe ya en un gran número de relaciones de derecho privado entre personas individuales. Existe allí donde se fundan relaciones jurídicas permanentes que no tienen como contenido exclusivamente prestaciones económicas; piénsese en los aprendices, en los

[54] Véase para lo que sigue, *System,* pp. 204 ss.

[55] Véase el código civil alemán, § 39. Los miembros de una asociación están autorizados para salir de la misma; los estatutos pueden determinar que la salida sólo pueda llevarse a cabo a la conclusión del año comercial, o después del transcurso de un cierto plazo de despido, plazo que a lo sumo podrá ser de dos años.

criados, en los trabajadores de las fábricas, en los marineros, los cuales, en sus relaciones con sus patronos, señores y capitanes, tienen también un momento ético.[56] Para regular estas relaciones y hacerlas corresponder a sus fines, en una palabra, para conservar el orden, puede el señor usar de la reprensión y de otras penas.

Aparentemente nos hallamos aquí ante un derecho de mandar, con medios propios de poder para realizar sus órdenes, sólo que, en último término, nos encontramos con que el medio más fuerte de que es posible usar es la disolución de la relación personal, la supresión de la asociación, pues, a pesar de aquel poder disciplinario, el sometido a este poder puede en todo tiempo separarse de la asociación,[57] si la fuerte mano del Estado, esto es, la fuerza de la ley, no lo mantiene dentro de ella, y se sustrae de esta suerte a la pena disciplinaria.[58] Por último, el individuo no tiene otro medio de ser protegido con respecto a la asociación que consintiéndole la ruptura del lazo que lo mantiene unido a ella en calidad de miembro, a menos que no le esté prohibida esta medida por el Estado. El poder de dominación, por el contrario, es un poder irresistible. Dominar quiere decir mandar de un modo incondicionado y poder ejercitar la coacción para que se cumplan los mandatos.[59] El sometido a cualquier poder puede sustraerse a él, a menos que se trate del poder de dominación. Cualquier otra asociación puede expulsar, pero la asociación dotada de derecho de dominación puede mantenerlo, en virtud de la fuerza que le es originaria, dentro de la asociación. Sólo es posible salir de un Estado para someterse a otro. Al *imperium* no puede sustraerse hoy nadie, incluso aquel que vive errante, a menos que huya a un desierto o a las proximidades del polo. Sólo de este modo consiente hoy el Estado en la disolución del lazo entre él y sus miembros; pero siempre fija él, mediante el orden jurídico, la capacidad de cambiar de ciudadanía y de emigrar, y determina las condiciones bajo las cuales puede ser concedida o negada dicha ciudadanía.[60] La petición de que se quiere salir del Estado, o allí

[56] Véanse las acertadas observaciones acerca de esto de Emile Steinbach, *Erwerb und Beruf*, 1896, pp. 24-25, *Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation*, 1897, pp. 1-2.

[57] La subordinación a una asociación privada, sin derecho a salirse de ella, equivaldría a esclavitud. Véase A. Leist, *Vereinsherrschaft und Vereinsfreiheit in künftigen Reichsrecht*, 1899, p. 11.

[58] Así lo han fijado las nuevas leyes de funcionarios, incluso para los del Estado. La evolución que han experimentado las concepciones en el espacio de un siglo, muéstrase en la oposición entre el *Allgemeine Landsrechtes*, parte II, título X, §§ 95 y 96, y la ley de los funcionarios del Imperio de 1873, §§ 75 y 100, en la que se dice que el mismo funcionario que esté sometido a una investigación disciplinaria puede sustraerse a la pena, mediante la renuncia de su destino.

[59] A la doctrina de la dominación que fundara Gerber, *op. cit.*, pp. 3 ss. y 21, como nota esencial del poder del Estado, no han opuesto sus adversarios hasta ahora una investigación sobre la naturaleza del poder de mandar.

[60] En ningún país basta la simple declaración de la voluntad para perder la ciudadanía,

donde esto no es preciso, la declaración de que se desea romper con dicho Estado, no exime al emigrante de cumplir con los deberes permanentes que resultan de su cualidad de súbdito, ya que mediante su acto unilateral no puede romperse esta relación. Así, por ejemplo, él no puede menos que sufrir las penas que se le hayan impuesto, puesto que el Estado no pierde su poder coactivo. Cuando ha cumplido con sus obligaciones jurídicas, singularmente el servicio militar, es cuando el Estado le concede el derecho a emigrar.

El poder que está dotado de esta fuerza es un poder de dominación, y, por consiguiente, poder del Estado. La dominación *(Herrschen)* es la cualidad que diferencia al poder del Estado de todos los demás poderes. Allí donde hallamos el poder de dominación, bien sea en una sociedad inserta en la vida del Estado o en un individuo, es porque procede del poder del Estado. Incluso cuando esta dominación ha llegado a ser derecho propio de una asociación, no tiene un carácter originario, sino que es siempre poder derivado.[61]

Este principio corresponde a las relaciones de los modernos Estados. Antes de la consolidación de éstos, desde el comienzo de la época moderna, no había podido tener aplicación. Se trata, pues, de una categoría histórica, no de una categoría absoluta, para juzgar en general a las asociaciones dotadas de un poder de dominación. En la Edad Media existían innumerables asociaciones que no tenían un carácter estatista y que ejercitaban en mayor o menor medida como derecho que les correspondía a ellas originariamente el poder de dominación, incluso cuando se trataba de una asociación que había formado históricamente parte de la esfera del Estado y más tarde se había desprendido de él. La Iglesia, singularmente, tenía sustantividad propia y una fuerza de dominación que no le había dado el Estado, puesto que a menudo la ejercitaba violentamente contra él. También había innumerables asociaciones humanas, tales como las de los señores feudales, que ejercían el poder de dominación como atributo que les era propio y no prestado por el Estado, o al menos,

muy al contrario de lo que ocurre para salirse de una sociedad privada. O bien se exige el cambio de domicilio fuera del territorio del Estado para la perfección de esta ruptura, o bien surge como un resultado inevitable de otros actos jurídicos.

[61] Véanse los escritores citados en la n. 1, p. 270, de mi obra *System*. Además, Haenel, *Staatsrecht*, p. 800. B. Schmidt, *op. cit.*, pp. 65 ss. Ellos comprueban el hecho indudable de que también las asociaciones que no tienen un carácter estatista ejercitan un poder de dominación; pero al igual que los demás autores, no demuestran que estos medios, coactivos, desde el punto de vista del derecho moderno, puedan considerarse originarios. El derecho originario de dominación en las asociaciones no es hoy otra cosa que una forma de auxilio propio, que el Estado moderno prohíbe en principio y sólo reconoce de un modo excepcional por concesión expresa. De la larga polémica de Preuss, *Städt. Amtsrecht*, pp. 132 ss., contra la doctrina que en el texto se defiende, no se deduce el carácter originario del derecho de dominación en ninguna de las actuales comunidades que no tienen un carácter de Estado, y de esto es de lo que aquí se trata: de mostrar su posibilidad histórica, no dialéctica.

si éste se lo había prestado, usaban de él de un modo independiente y como si conforme a su sustancia no estuviese contenido en el poder del Estado. He aquí por qué apenas si nos es posible, con nuestros conceptos modernos del derecho político, mostrar de un modo definido los límites que en este otro mundo político de la Edad Media existían entre el Estado y las asociaciones que no eran el Estado.

Al fortalecerse el poder del Estado en la lucha que hubo de sostener con las fuerzas que lo combatían, fue apropiándose los poderes de todos los miembros subordinados al Estado, y de esta suerte fue completando el sometimiento de todos a su poder. El Estado, advierte el gran Leviatán que va devorando todas las fuerzas públicas. Aun allí donde deja subsistir una fuerza exterior a él, aprópiasela en la forma, porque él se afirma a sí mismo como el principio originario de los sometidos, aun cuando les conceda frente a él un poder de relativa independencia. Esto se pone de manifiesto en el derecho que a sí mismo se atribuye de disponer, mediante sus leyes, en su territorio, de todo el poder de dominación. Es verdad que el Estado moderno reconoce a todos los individuos y a todas las asociaciones un círculo de libertades que están limitadas por las leyes, pero no puede reconocer, a causa de su propia esencia, un derecho de dominación sustantivo, propio, infranqueable para él. El punto de vista opuesto es irreconciliable con el moderno concepto del Estado, y no halla apoyo a causa de esto ni aun en los hechos. No es posible mostrar una sola asociación que no sea el Estado y que en razón de su naturaleza tenga un derecho de dominación que no corresponda al Estado. No explica, pues, esta doctrina la realidad de las relaciones jurídicas; lo que hace es transformar la realidad, en la cual quisiera de nuevo implantar instituciones que habían sido tomadas de la esfera del pensamiento de la Edad Media. Ésta es una teoría propia de la política romántica, la cual es tanto menos posible que pueda realizarse cuanto que la teoría de que el Estado es el depositario exclusivo del poder de dominación, es el resultado de la evolución general de la historia moderna, resultado que se halla a su vez confirmado prácticamente por el hecho de que el Estado, mediante sus leyes, preste o sustraiga a las asociaciones que le están sometidas el derecho de dominación. La doctrina del derecho natural del *pouvoir municipal,* que nace en Francia en el curso del siglo XVIII como una corriente de oposición al régimen centralista absoluto para llegar a dominar por breve tiempo durante la Revolución francesa, y cuyo influjo se ha echado de ver más tarde en la teoría constitucional del derecho natural alemán, esta doctrina, decimos, nunca ha llegado a cambiar el hecho del sometimiento pleno de los municipios a las leyes del Estado.[62]

[62] Véase *System,* pp. 264 ss.; Hatschek, *Die Selbstverwaltung in politischer und juristischer Bedeutung* (Jellinek-Meyer, *Abhandlungen,* II, 1), 1898, pp. 34 ss.

El principio de que el poder de dominación sólo corresponde primariamente al Estado, no es sólo el resultado de la evolución absolutista del continente en los siglos XVI al XVIII, sino que encuentra también su confirmación en las relaciones políticas de Inglaterra y los Estados Unidos —donde la concepción jurídica germana pudo conservarse con mucha más pureza que en los Estados continentales—, los cuales se vieron más o menos influidos por la doctrina romana del Estado. Según el sentir de los juristas ingleses, todo *imperium* existente en los municipios o en cualquier otra corporación, significa una delegación del poder del Estado.[63] Todo acto del poder de dominación considérase allí como un acto del poder del Estado, y la autoadministración inglesa no es otra cosa que "la actividad local del poder del Estado". Otro tanto ocurre en América. No obstante haberse formado allí colonias que tenían el carácter de comunidades, de las cuales surgieron posteriormente los Estados, todo el derecho de estas comunidades americanas descansaba en concesiones hechas por leyes del Estado, que incluso van menos lejos que muchas otras dictadas en el continente europeo, lo que en verdad concuerda muy íntimamente con la forma peculiar de la administración del Estado en los Estados de origen inglés.[64]

La voluntad que ha de cuidar de la comunidad y ha de proveer a sus fines puede, en las relaciones primitivas o durante las conmociones en la vida del Estado, adoptar el carácter de un poder de hecho. Mas en un Estado ampliamente desenvuelto o en una situación normal, ha de tener el carácter de un poder jurídico. Como él no puede obrar de un modo permanente mediante órdenes particulares, sino según reglas fijas, necesita a su vez instituciones firmes para darse a sí mismo seguridad. De aquí que sean precisas, como fundamento de su actividad, relaciones de voluntad, permanentes, fijas e independientes de personas individuales. Estas relaciones de voluntad, ordenadas mediante reglas fijas, son precisamente las relaciones jurídicas. En el concepto, pues, del poder del Estado está contenido ya el concepto de orden jurídico. De aquí que el poder del Estado, en su organización y en sus relaciones con sus fines, sea el objeto del derecho político. Todo derecho político es una doctrina de los poderes del Estado, de sus órganos, de sus funciones, de sus límites, de sus derechos y de sus deberes.

Es, pues, imposible un conocimiento pleno del Estado, sin que a su vez haya un conocimiento de su derecho. Sería anticientífico no considerar al Estado sino desde el punto de vista del derecho, y explicar la ciencia del Estado como una disciplina exclusivamente jurídica. Y aún es menos

[63] Véase Hatschek, *Selbstverwaltung*, pp. 20 ss. Además, *Engl. Staatsrecht*, I, pp. 41 ss.

[64] Véase Von Holst, *op. cit.*, p. 174; Cooley, *The Constitutional Limitations*, pp. 223 ss. Véase también el capítulo XIX de esta obra.

científica una doctrina del Estado en que se olvide tratar el elemento jurídico del mismo; aquella doctrina podría intentar abarcar la totalidad de aquél, valiéndose de los métodos histórico, político y sociológico.

Si se ponen en relación las explicaciones anteriores con la investigación que habíamos hecho acerca de la naturaleza del Estado, se advierte cuán hondo es el fundamento del principio de que el Estado, en su aspecto jurídico, no es otra cosa que la fuerza de dominación originaria de que está dotada la corporación de un pueblo sedentario.

Mas esta definición origina muchos otros problemas. Ante todo surge la cuestión acerca de las propiedades del poder del Estado; esto es, la cuestión relativa a las notas que distinguen al poder del Estado de aquel otro poder que no es del Estado. ¿En qué se conoce que la fuerza de dominación de que está dotada una asociación es un derecho que le corresponde originariamente, o sólo de un modo derivado, y, por tanto, que como derecho le es extraño? ¿Cuáles son los límites del concepto Estado? Estado y no Estado, ¿se encuentran separados hasta el punto de que no sea posible hallar grados intermedios? ¿Hay varias clases de Estado, o este concepto no consiente variedad alguna?

Nos encontramos aquí, ante todo, frente a la doctrina de la soberanía del Estado. ¿Qué es soberanía? ¿Es una nota necesaria al poder de aquél?

Después habremos de ocuparnos de la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado.

XIV. LAS PROPIEDADES DEL PODER DEL ESTADO

1. HISTORIA DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

Ninguno de los conceptos fundamentales del derecho político está tan necesitado de una investigación acerca de su evolución histórica como el de soberanía. Pero no se trata aquí de la historia de la literatura de este concepto, con objeto de conocer los diversos matices que ha recibido el ser tratada por distintos escritores,[1] sino que esta exposición pretende mostrar la situación histórico-política de donde ha nacido este concepto. La soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una de índole jurídica. No se ha descubierto este concepto en el gabinete de sabios extraños al mundo, sino que debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros. Este proceso histórico no ha sido hasta ahora dibujado con precisión. En las páginas que siguen señalaremos sus rasgos esenciales.

a) La nota característica del Estado, y que lo diferencia de todas las demás comunidades humanas, la constituye, según Aristóteles, la *autarquía.*[2] Este concepto antiguo no tiene parentesco alguno con el moderno de soberanía. La autosuficiencia significa, para la antigua doctrina del Estado, aquella propiedad mediante la cual los esfuerzos de los hombres, por completarse unos a otros, habían de hallar en él una satisfacción plena. El Estado necesitaba, pues, estar constituido de tal suerte, que por su propia naturaleza no tuviera necesidad de ninguna otra comunidad que lo completase; no contradice, pues, de ningún modo su esencia, el encontrarse respecto de otra comunidad en una situación real de dependencia, en este

[1] Para la historia dogmática del concepto soberanía, véase Hancke, *Bodin, Eine Studie über den Begriff der Souveränetäts,* 1894 (en Gierke, *Untersuchungen zur deutschen Staats-und Rechtsgeschichte,* 47); Landmann, *Der Souveränetätsbegriff bei den französischen Theoretikern,* 1896; Dock, *Der Souveränetätsbegrif von Bodin bis zu Friedrich dem Grossen,* 1897; Dock, *Revolution u. Restauration über die Souveränetät,* 1900; Rehm, *Geschichte,* pp. 192 ss.; *Allg. Staatslehre,* pp. 40 ss.; Merriam, *History of the theory of Sovereignty since Rousseau,* Nueva York, 1900; Bryce, *Studies in History and jurisprudence,* Oxford, 1901, II, pp. 49 ss. (el penúltimo muestra un profundo conocimiento de la moderna literatura alemana, en tanto que el último la desconoce). Se habla a menudo en la bibliografía sobre la historia de la soberanía, de una evolución en este concepto, aun cuando hay épocas que apenas se han señalado. Más que una evolución se advierte con frecuencia una vuelta al punto de partida, pues con frecuencia se hallan en los escritores de ahora los mismos errores que se echan de ver en la literatura del siglo XVI.

[2] Πόλις-πασης ἔχουσα περχς τῆς αὐταρκείας. *Pol.,* I, 1252, *b,* pp. 28 ss.

o en aquel orden de relaciones. Lo que ha menester es poder existir independientemente de este Estado, al cual está subordinado, el que, por tanto, no puede constituir una condición necesaria de su existencia.[3] Aristóteles sólo exige para el Estado ideal la independencia potencial y actual respecto del exterior, independencia que se funda tal vez no tanto en su naturaleza de poder supremo, cuanto en la situación que le es propia al Estado de ser en sí mismo suficiente para satisfacer todas sus necesidades.[4]

Del concepto de la autarquía no se deduce consecuencia alguna acerca de las condiciones mutuas de los Estados empíricos, ni respecto de la amplitud del poder de dominación que le corresponde en lo interior. La autarquía no es, pues, una categoría jurídica, sino ética, por cuanto se trata de la condición fundamental de que depende la satisfacción de los fines del Estado, la realización del ἐῦζῆν de la vida perfecta.

Este concepto tiene raíces muy hondas en la concepción helénica del mundo y de la vida, y sólo puede comprenderse partiendo de éstas. La antigua *polis* posee la posibilidad moral de aislarse del resto del mundo, porque lo tiene todo en sí misma, no sólo lo que puede ser necesario para la vida, sino también lo que da a los hombres un valor. La *polis* no necesita del mundo bárbaro, ni tampoco de sus hermanas las ciudades griegas, para cumplir su fin. El concepto de la autarquía no nos enseña nada acerca de la libre determinación del Estado en su conducta, sobre su derecho y administración, sobre su política interior y exterior.

Aún se nos presenta el asunto con más claridad si observamos este concepto en los cínicos, y más tarde en la *Stoa*, donde llega a ser considerada como la cualidad esencial del individuo ideal, esto es, del sabio.[5] El deber supremo que impulsa a los cínicos y a los estoicos es el alcanzar la autarquía, única que les brinda la virtud, la posesión de lo que les ha de hacer independientes del mundo exterior y les hará posible satisfacer el

[3] μὴ γάρ ἓν τῶν ἀδυνάτων ἧ πόλιν ἄξιον εἶναι καλεῖν τὴν ὑτει δούλην αὐτάρκης γάρ ἡ πόλις, το δε δουλον οὐκ αυταρκες. *Pol.*, IV, 1921, *a*, pp. 9-10. Justamente, la situación de Grecia, desde la batalla de Queronea, debería haber motivado en Aristóteles una concepción distinta acerca de la esencia de la *polis*, si hubiese considerado que la independencia jurídica y real era una característica fundamental del Estado. Mas con el principio de la *polis*, por naturaleza, no está determinada a una relación de dependencia, podían muy bien concertarse las relaciones de dependencia real.

[4] Véase *Pol.*, VII, 1326 b. La población del mejor Estado debe ser tan numerosa como lo exija la autarquía, y la tierra debe producir todo lo que necesite: "τὸ γὰρ πάντα ὑπάρχειν καί δεῖσθαι μηδενὸς αυταρκες", por consiguiente, lo que es preciso que posea es, no independencia jurídica, sino independencia moral y económica. Véase también Rehm, *Geschichte der Staatsrechtlehre*, pp. 91 ss., el cual ha mostrado de un modo convincente que las relaciones de dependencia no contradicen el concepto aristotélico del Estado.

[5] Ambas escuelas concuerdan en afirmar que la *autarquía* es la virtud suficiente para alcanzar la *eudemonía*, Diόg. Laerc., VI, 11; VII, 65. Acerca de la autarquía en los cínicos, véase Kaerst, *op. cit.*, pp. 29 ss. Trata la autarquía en los estoicos muy acertadamente Hildenbrand, *op. cit.*, pp. 507 ss.

cumplimiento riguroso de las normas éticas. De aquí han deducido los cínicos que el sabio no se ha de considerar unido al orden del Estado;[6] los estoicos, por el contrario, no exigen independencia jurídica exterior respecto del Estado.[7] El estoico debe participar en la vida de él, a menos que fuerzas exteriores le impidan alcanzar el fin último o que una ordenación exterior pretenda de él algo indigno, pues en tal caso, puede sustraerse a esta exigencia eliminándose voluntariamente de la vida. El sabio de la *Stoa*, autosuficiente, representa el polo opuesto del individuo soberano tal como dibuja a éste la indisciplina moderna.

El hecho de que la Edad Media haya aceptado, sin previo examen y bajo el influjo de la enorme autoridad de Aristóteles, la doctrina del Estado como la perfecta *conmunitas*,[8] tiene su razón de ser en todo el espíritu de esta época. El encanto de las antiguas concepciones ha dominado frecuentemente a los espíritus modernos, incluso cuando ellos procedían como creadores. Así se muestra en Hugo Grocio, quien con no poca frecuencia toma para su prueba una cita de un clásico y la ofrece como argumento decisivo. Medio siglo después, al definir Bodin el Estado, vuelve a renacer la autarquía como nota esencial. El *coetus perfectus liberorum hominum*[9] no es otra cosa que la κοινονìα αὐτάρχης de Aristóteles. La unión íntima de la autarquía con la nueva doctrina de la soberanía, a la cual le hizo experimentar Grocio un avance, inútilmente se tratará de descubrir en este autor, y justamente el fundador de la teoría científica del derecho internacional tuvo ocasiones para plantearse la cuestión de si era concertable el concepto clásico del Estado con el reconocimiento de un derecho internacional y de lo que es una condición de éste: la comunidad de los Estados. Si el Estado autárquico es la forma suprema de los fenómenos de la vida política, entonces es posible para el Estado formado de esta suerte mantenerse extraño a los demás, pero no es posible concebir entre él y las otras comunidades estatistas unas relaciones de cambio, permanentes y amistosas, encaminadas al desarrollo de la cultura. Todo cambio descansa por necesidad psicológica en las necesidades económicas y espirituales, mediante las cuales se completan los hombres unos a otros, necesidades que, según consideraba la antigua doctrina, hallaban su satisfacción absoluta dentro del propio Estado.

[6] La famosa alternativa en que Aristóteles pone a aquellos que no viven en un Estado o que no forman parte de una comunidad a causa de su imposibilidad, de su autarquía, a saber, que ha de ser o un dios o un animal, ¿lleva en sí una ironía dirigida a los cínicos?

[7] Aun cuando para los estoicos el Estado no es una condición de la eudemonía, esto no obstante, atribuyen también la nota de autarquía en otro lugar a su Estado ideal mundial, de suerte que junto a la autosuficiencia del sabio colocan la del *cosmos*. Véase Kaerst, *op. cit.*, p. 76.

[8] Véase Gierke, *Althusius*, p. 229.

[9] *De jure belli et pacis*, I, 1, § 14.

No debemos admirarnos de que siga jugando aún en la actualidad un gran papel en la literatura del derecho político, la concepción según la cual el Estado debe bastarse a sí mismo.[10] Estos conceptos son como monedas espirituales que van pasando de mano en mano y se desgastan y llega a olvidarse finalmente el preguntar si durante este periodo de circulación no han sido puestas por la ley fuera de curso.

Tampoco en otras afirmaciones doctrinales griegas, en que se trata de la naturaleza del Estado, puede encontrarse nada que se asemeje al moderno concepto de la soberanía. Lo que Aristóteles dice del κύριον, de la fuerza suprema del Estado, no tiene relación alguna con la teoría de que el poder del Estado haya de poseer necesariamente la cualidad de soberano.[11] El hecho de que en el Estado alguien tiene que poseer el poder supremo de decisión y, por consiguiente, ha de dominar, fue ya conocido antes de hacerse una investigación científica sobre el problema del Estado. Sin embargo, como habrá de verse en estas páginas, no son términos equivalentes dominación y soberanía. Igualmente sería inútil tratar de descubrir la idea moderna de la soberanía en las palabras de Tucídides sobre los Delfos, que Grocio ha aplicado al poder del Estado, αὐτονόμους, αλὺτοτεςεῖς, αὐτοδίκου.[12] Más bien quiere decir esto, que tal comunidad tiene una ley propia, fuentes propias de ingresos y propias autoridades, lo que, en realidad, siempre y en todas las épocas ha sucedido, incluso con las asociaciones no soberanas.

Los romanos, del propio modo que los griegos, fueron extraños a la concepción del Estado soberano. El pensamiento romano, firmemente práctico, tenía siempre ante sí la realidad dada. Sin que hubiese para él el menor motivo para poner en comparación el Estado romano con cualquier otro poder próximo o superior a él, careció del medio con que conseguir alcanzar la nota que lo caracterizase. Por el contrario, el reconocimiento y la afirmación de la soberanía, sería contradecir la política romana, la cual gustosamente otorgaba al pueblo, *qui maiestatem populi Romani comiter servant*, la apariencia de un Estado independiente. Las expresiones de *maiestas, potestas* e *imperium*, expresan la potencia y fuerza del pueblo romano, el poder civil y militar de mando, pero no indican nada del contenido y limitación del Estado ni de la independencia de Roma respecto de los poderes extranjeros. La definición de Estado, de Cicerón,[13]

[10] La autosuficiencia, como propiedad del Estado, es hoy reconocida por Haenel, *Studien*, I, p. 149. *Staatsrecht*, I, p. 113. Sin duda cada autor da a la antigua palabra una distinta significación.

[11] Véase Rehm, *Geschichte*, pp. 95 ss., y, principalmente, p. 102, donde se demuestra que bajo el concepto κύριον no ha de entenderse el más alto poder jurídico, sino el más alto poder social.

[12] *Ibidem*, p. 18.

[13] *"Res publica res populi. Populus autem nom omnis hominum coetus quoquo modo*

única que nos ha sido transmitida de los romanos, es, por su claridad y por lo concreta, la que sigue en importancia a la de Aristóteles.

En Roma, hasta época muy avanzada, fue muy viva la idea de que el pueblo es la fuente de todos los poderes públicos; pero la cuestión relativa a saber quién tiene en el Estado el más alto poder, es muy distinta de la cuestión relativa a la soberanía del Estado. Acerca de la amplitud de poder que corresponde al *populus,* no encontramos explicación de ninguna clase. Los juristas se limitan a hacer constar la forma en que él ejercita sus atribuciones. En ninguna parte tal vez pueda estudiarse con más precisión que en Roma cómo son dos cosas distintas el ser y el conocer; pues Roma, no obstante su gran poder y su enorme sentimiento de la fuerza, no ha llegado a hacer una formulación teórica del concepto del Estado.

b) El que la Antigüedad no haya llegado a un conocimiento del concepto de soberanía tiene un fundamento histórico de importancia, a saber: que faltaba al mundo antiguo lo que únicamente podía traer a la conciencia el concepto de la soberanía: *la oposición del poder del Estado a otros poderes.*

El Estado moderno se diferencia radicalmente del antiguo en que se ha encontrado combatido desde sus comienzos por diferentes lados, y de esta suerte ha necesitado afirmar su existencia mediante fuertes luchas. Tres poderes han combatido su sustantividad en el curso de la Edad Media: primero la Iglesia, que quiso poner al Estado a su servicio; inmediatamente después el imperio romano, que no quiso conceder a los Estados particulares más valor que el de provincias; finalmente, los grandes señores y corporaciones, que se sentían poderes independientes del Estado y en frente de él.

En lucha con estos tres poderes ha nacido la idea de soberanía, que es, por consiguiente, imposible de conocer sin tener igualmente conocimiento de estas luchas. La soberanía es un concepto polémico (permítaseme la expresión); al comienzo con valor defensivo, posteriormente de naturaleza ofensiva. En la lucha entre el Estado y la Iglesia, en el curso de la Edad Media, aparecen tres puntos de vista: el Estado se encuentra sometido a la Iglesia; el Estado es igual en poder a la Iglesia; el Estado está sobre la Iglesia. Las dos primeras teorías, en sus dos matices, están representadas por la teoría de las dos espadas, hasta que a comienzos del siglo XIV aparece la tercera. En la última época, Francia transforma en un hecho histórico la idea de la superioridad del Estado. El papado de Aviñón representa por vez primera, desde el tiempo de los Otones, la superioridad del Estado sobre la Iglesia. El origen de la conciencia de soberanía del poder terrenal hay que buscarlo, no en la lucha del emperador

congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus." De Rep., I, 25, 39.

con el papa, sino en las relaciones de la monarquía francesa con el jefe de la Iglesia. La literatura política, aprisionada en los lazos de la escolástica, no tenía ante los ojos otra cosa, hasta que el rey de Francia a fines del siglo XIII arremete contra Roma, que la oposición entre el sacerdote y el imperio, la lucha entre el poder espiritual y el temporal, pero no la del papado con un Estado individual, determinado, pues la idea de imperio negaba de antiguo la de la jurisprudencia. Ésta que entonces comenzaba no toma como fundamento de sus aclaraciones la teoría existente en el mundo político, sino la teoría oficial de la Iglesia, y aun cuando más tarde atiende más a las relaciones reales, esto, no obstante, jamás llega a elaborar una doctrina sustantiva del Estado a causa del respeto —al que nunca es completamente extraña— a la doctrina política eclesiástica, así como a causa de la orientación común de la ciencia de la Edad Media, que sólo en muy escasa medida da cabida al sentido de la realidad. A toda la doctrina del Estado de aquella edad le falta el conocimiento claro de que el poder es un elemento esencial del Estado,[14] por lo cual no hay en ella un camino que pueda conducir al conocimiento de la naturaleza jurídica de éste.

Aun cuando se hable en las obras de origen alemán, por el influjo de las circunstancias, de la característica del reino alemán, esto no obstante, es en Francia donde por vez primera y bajo el influjo de los legistas y del clero, relativamente independiente, se llegó a oponer de una manera directa Estado a Iglesia, y a afirmar la independencia plena del primero respecto de la segunda. Durante la lucha y después de la lucha de Felipe *el Hermoso* con Bonifacio VIII, nace en Francia, o influida por el genio francés, una literatura que afirma enérgicamente la sustantividad plena del Estado frente a la Iglesia.[15] En la atmósfera espiritual de París germinan igualmente las ideas de Marsilio de Padua, el cual, con una audacia extraña, es el primero en afirmar la superioridad del Estado sobre la Iglesia, permaneciendo solo, no obstante el carácter polémico de la época.

La segunda fuerza que en la Edad Media lucha contra la idea de la independencia del Estado, es el imperio. La teoría oficial que domina a la doctrina del Estado hasta la época de la Reforma considera subordinados de derecho al imperio romano a todos los Estados cristianos. En sentido estricto, sólo el emperador tiene el carácter de dominador, sólo él puede dar leyes, sólo a él corresponde la *plenitudo potestatis*, la integridad del poder monárquico. Con aquella extraordinaria ignorancia de la vida real que entonces existía, mantiénese firme la idea de la superioridad del imperio sobre los demás poderes terrenos, precisamente en una época

[14] La prueba de esto puede hallarse en Rehm, *Geschichte*, pp. 108 ss.

[15] Riezler, *Die literarischen Widersacher der Päpste zur Zeit Ludwigs des Baiers*, 1874, pp. 135 ss.

en que esta afirmación era ya una sombra vacía. Quien afirme, dice Bartolus,[16] que el emperador no es señor y monarca de todo el orbe, es un hereje. Y más tarde el papa Pío II, que había recibido ya una educación clásica, escribe a Federico III que todos los pueblos están sometidos a él de derecho.[17]

Mas esta doctrina oficial se ve contradicha, singularmente desde la caída de los Hohenstaufen, con lo cual se muestra claramente la verdad de todas las relaciones existentes. Francia e Inglaterra, o no hacían caso de la superioridad del imperio, o la negaban de un modo directo.[18] Venecia se consideraba a sí misma extraña al imperio, y las demás ciudades-repúblicas de Italia, singularmente Florencia y Pisa, son estimadas como *civitates superiorem non recognoscentes.* La teoría viose precisada a tomar en consideración estas exigencias, pero lo hace de tal suerte que este derecho de los *príncipes* y *civitates* a la independencia lo apoya en un título jurídico que el emperador reconoce, y que está fundado en el orden jurídico mismo del imperio. De acuerdo, pues, con la concepción de derecho privado reinante en la Edad Media, considérase esta independencia como un privilegio que concede el emperador en virtud de la prescripción y posesión inmemorial.[19] Pero jamás se consideró esta independencia como derivada de la naturaleza misma del Estado, porque de hacerlo así, la doctrina del Estado de la Edad Media habría destruido el fundamento mismo sobre el cual ella se había apoyado. Por esto, los reyes que se habían liberado, mediante algún título, de la superioridad del emperador, permanecen, no obstante, dentro del imperio. Bartolus, por ejemplo, dice con gran claridad: *"Rex Franciae et Angliae licet negent se subditos*

[16] L. 24 D. de capt. et poslim. 49, 15, núm. 7: *"Imperatorem qui dicerit non esse dominum et monarchum totius orbis esset forte hereticus".*

[17] Aeneas Sylvius, *De ortu et authoritate Imperii Romani,* proem., n. c. XXIII (edición Argentorati, 1544, impresa como apéndice a un extracto de Cornelio Nepote).

[18] Francia singularmente, afirmó con toda entereza su independencia respecto del imperio. Véase Glasson, *Histoire du droit et des institutions,* V, 1893, pp. 326 ss.; Viollet, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France,* 1898, II, pp. 40 ss. Véase también A. Leroux, "La royauté française et le Saint Empire romain", *Revue historique,* p. 49, 1892, pp. 241 ss., quien intenta mostrar que los primeros Capetos han reconocido el imperio, pp. 260 ss., y compara la situación jurídica de aquéllos respecto al imperio, antes del interregno, con la de un obispo exento. En la p. 268, afirma el primado que Francia reconoció al emperador como un hecho sin importancia política. Respecto a Inglaterra, véase las noticias dadas por Hatschek, *Engl. Staatsr.,* I, p. 75.

[19] Véase, por ejemplo, Ubertus de Lampugnano *("Ultrum omnes christiani sabsunt Romano Imperio"). Zeitschrift f. gesch. Rechtswissenschaft,* II, p. 253: *"dicamus quod aliqui sit exepmti ab Imperio romano privilegio praescriptione vel quocumque modo alio".* Como ejemplos, suelen citarse: *rex Franciae, Veneti, ecclesia Romana.* Posteriormente, Eneas Sylvius, cap. XI: *"Cuncti profecto, qui sub jugo negant imperii, aut id privilegio se asserunt assecutos, aut virtute aliqua".* Acerca de estas *virtutes,* véase también el cap. XIII. Una detallada enumeración de todos los títulos jurídicos correspondientes a títulos y ciudades, puede encontrarse en Restaurus Castaldus († 1564), *Tractatus de Imperio,* LII-LIV (en *Tractatus illustrium Ictorum de dignitate et potestate seculari,* t. XVI, Venecia, 1584).

Regi Romanorum, non tamen desinunt esse cives Romanus".[20] A estos príncipes corresponden todas las atribuciones imperiales en su país. Esto es lo que quiere decir Baldus al afirmar que el rey en su tierra es emperador.[21] Pero jamás se iguala al emperador: por esto afirmaba en el siglo XVI Restaurus Castaldus: *Rex Franciae licet etiam de jure non subesset imperatori, non tamen ipse est alter imperator.* Las ciudades independientes constituidas en república podían ciertamente ejercitar todas las facultades imperiales; pero siempre le queda al emperador el *nudum jus,* que es suficientemente fuerte por sí para servir de fundamento teórico más tarde a una exaltación del poder del emperador respecto de todos los demás poderes.

Pero el emperador había conservado un derecho que para aquella época era de enorme estima, a saber: sólo él podía conceder el título de rey y, por consiguiente, los privilegios que según la doctrina jurídica dominante iban anejos a este título.[22] Carlos *el Temerario,* de Borgoña, se esforzó en vano por alcanzar de Federico III el título de rey.[23] Por esto, el emperador se eleva de un modo indiscutible sobre los reyes, a quienes concede el título de majestad, sin que él a su vez lo reciba de ellos.

En Francia, la repulsa contra la idea del imperio va mezclada a la concepción de la independencia del Estado respecto de la Iglesia. En este punto, el rey se limitaba a continuar las tendencias que en las más antiguas colecciones del derecho francés se habían mostrado como honda convicción jurídica de su pueblo. *"Li roy ne tient de nului fors de Dieu et de lui."*[24] El rey no reconoce ningún señor superior a sí. No recibe su reino de nadie a título de feudo. El principio, pues, de que el rey es independiente, fue formulado por vez primera en la literatura francesa;[25] pero no queda sin contradicción, sino que se revuelven contra él enérgicamente cuantos ven en ello una ocasión para luchar contra esta desviación de la teoría oficial de la Edad Media. Precisamente Bonifacio VIII dirige, en 1303, estas palabras condenatorias contra Felipe *el Hermoso,* al defender la independencia de su corona frente al papa: *"nec insurgat hic superbia gallicana, quae dicit quod non recognoscit superiorem: mentiuntur quiae de jure sunt et esse debent sub Rege Romano et Imperatore".*[26]

[20] L. c. núm. 6.

[21] Ad. L. 7. C. de *prob.* 4, 19. Esta expresión se renueva constantemente en la lieratura francesa. Así, por ejemplo, *Somme rurale* II, 1, p. 646 (ed. Le Caron, 1603). *"Le Roy de France qui est Empereur en son royaume peut faire... tout et autant que à droit Imperial appartient."*

[22] Véase Pfeffinger, *Vitriarius illustratus,* I, pp. 424 ss.

[23] Estaba todo ya dispuesto para la solemne coronación, cuando el emperador secretamente se retiró. Véase Pfeffinger, I, p. 706, y también Bryce, *The Holy Roman Empire,* 11ª ed., 1892, pp. 250 ss.

[24] *Etablissements de Saint-Louis,* ed. Viollet, t. I, p. 283; II, p. 135; III, p. 47, etcétera.

[25] "Li rois n'a point de souverain es choses temporiex", *Etabl. de Saint-Louis,* II, p. 270.

[26] Pfeffinger, I, p. 377. De un modo análogo, en la bula del 30 de abril de 1303, citada por

Las teorías políticas sólo podían dar una expresión imperfecta de la idea de la independencia del Estado, idea que iba ganando terreno. En tanto permanecen ellas bajo el influjo de la concepción aristotélica, eran completamente incapaces para limitar la asociación del Estado con relación a las demás asociaciones. La *polis*, en la doctrina del Estado de la Edad Media, se transforma en comunidad de una ciudad, sobre la cual se levantan en calidad de asociaciones superiores al Estado, y análogos a él, el *regnum* y el *imperium*.[27] La situación de las ciudades italianas daba ocasión para establecer una categoría de *civitates superiorem non recognoscentes*, esto es, ciudades libres que no tenían señor alguno. Usan este concepto los publicistas italianos que se ocupan de la doctrina de la corporación para designar las ciudades constituidas en Estados independientes, a pesar de la superioridad del Estado romano, y los juristas franceses utilízanla también para designar los reinos que no reconocen subordinación al imperio. Por último, en el siglo xv sólo se aplica el concepto de *res publica* en su pleno sentido a aquellas comunidades que no reconocen ningún superior.[28] Por consiguiente, hallamos aquí la primera afirmación para una nueva determinación del concepto del Estado. Este carácter de independencia fue completamente extraño a la antigua doctrina acerca del mismo. Mas con este principio nos hallamos aún bastante lejos de haber logrado un nuevo y claro concepto de aquél. Aún no desaparece con él la exigencia teórica del *imperium* a obtener la supremacía. Todavía no se reconocía la esencia del poder del Estado. Finalmente, la separación entre comunidades que tenían superior y las que carecían de él no llega a ser tan profunda que queden opuestas las primeras a las últimas como comunidades Estados a comunidades que tienen este carácter.[29]

Leroux, *op. cit.*, p. 253, n. 3. En esta misma época dice Pierre Dubois, *De recuperatione terrae sanctae*, ed. Langlois, 1891, p. 51, de aquel que asegura la existencia de un dominador del mundo, que *"non est homo sanae mentis"*.

[27] Véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 638 ss. *Althusius*, pp. 229 ss.

[28] Acerca de las *civitates superiorem non recognoscentes*, véase Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, pp. 381 ss. y 639 ss. Además, Rehm, *Geschichte*, pp. 193 ss., a cuyas observaciones se debe el que se haya puesto en claro el proceso de evolución de este concepto, que había sido descubierto por Gierke. Debe añadirse a esto que la expresión *superiorem non recognoscere*, no se refiere exclusivamente a las *universitates*. Fue ya usado anteriormente por el rey de Francia. Así se dice, por ejemplo, en el cap. XIII, x, 4, 17 (Inocencio III): *Cum rex superiorem in temporalibus, minime recognoscat*. Además el *recognoscere*, atendiendo a su origen, deja en suspenso la cuestión jurídica. No se trata de *civitas quae superiorem non habet*, sino de aquellas que rechazan toda subordinación, lo que, por lo demás, habían ya hecho notar los glosadores. (Véase Finke, *Aus den Tagen Bonifaz VIII*, 1902, p. 156). Explícase, por consiguiente, con esto la frase citada de Bartolus, según la cual, a pesar de la negativa de los reyes de Francia e Inglaterra de someterse al *imperium*, no dejaron de ser, sin embargo, ciudadanos romanos.

[29] La vacilación de la terminología se demuestra en los pasajes ya citados de Gierke, III, p. 358, núm. 14; p. 639, núms. 336 y 337; p. 640, núm. 339. Paul de Castro no usa exclusivamente, como opina Gierke, p. 640, el concepto Estado para indicar las *Universitates*

Para llegar a comprender la naturaleza del poder del Estado y a relacionar el conocimiento de la independencia exterior del mismo con la naturaleza y situación de su poder, necesitábase en aquella época toda una serie de experiencias enteramente distinta.

No sólo se oponían la Iglesia y el imperio a la concepción sustantiva del Estado, sino que el feudalismo luchaba también contra él. El señor feudal, y más tarde las ciudades libres, crean una situación que en algunos países (piénsese en la época del interregno) llega a la negación total del Estado. Mientras los señores feudales y las ciudades libres se veían dotadas de poderes análogos a los del Estado, poderes de los cuales se servían como si se tratase de una posesión privada, aparecen en el Estado, y colócanse frente a él, personalidades con derechos propios de carácter público, derecho que no queda sometido a las órdenes del Estado. Lejos de considerarse como órganos de un todo superior, no ven estas personas en el Estado sino al señor feudal, por lo común molesto, cuyas disposiciones caen bajo la inspección celosa de los vasallos. La segunda consecuencia de esta situación era la de que el jefe del Estado se veía impedido para tener una directa relación con la masa del pueblo. Mediante la generalización del sistema feudal, cuantos no recibían del rey de un modo inmediato el feudo, estaban obligados a prestar fidelidad, no a éste, sino a los barones, y el pueblo necesitaba acudir en solicitud de justicia, en primer lugar, a los tribunales del señor.

Así se forma una situación jurídica, singularmente en Francia, en la época de los primeros Capetos, donde la mediatización del rey por los barones, estaba extendida de tal manera que apenas si puede hablarse de la unidad del reino, y por esta razón se ponían ante sí el reino francés como un problema histórico, el de crear el Estado francés, lo cual sólo podía llevarse a cabo alcanzando el rey una dominación inmediata sobre la masa del pueblo; pero esto requería, ante todo, independencia respecto de los poderes señoriales. Lo que en Inglaterra alcanzó el rey Guillermo *el Normando* con una sola batalla, por el aniquilamiento de la dominación anglosajona, la subordinación de todo el pueblo al poder del rey, tuvo necesidad en Francia de una labor de siglos. Y en tanto que en Inglaterra los poderes creados o reconocidos por la corona fueron subordinados fácilmente a ella y llegaron a formar parte del Estado, en Francia la evolución sigue otro camino. Consigue la destrucción plena de los poderes que se oponían al del rey, de suerte que la independencia del poder del Estado llega a ser equivalente al aniquilamiento total de todos los elementos políticos independientes y opuestos al rey.

La dirección que la monarquía francesa siguió fue la siguiente: en pri-

superiorem non recognoscentes, sino que considera a éstas tan sólo como la más alta expresión de su concepto de Estado.

mer lugar, propúsose extender hasta donde le fuera posible el dominio real, el cual hubo de declarar más tarde inalienable. Esto le fue tanto más fácil, cuanto que el rey francés no estaba obligado como el alemán a conceder de nuevo, en el intervalo de año y día, los feudos que hubiesen vuelto a poder del rey. Así, pues, el principio *nulle terre sans segneur* no impide al rey el ser al propio tiempo señor, y unir de esta suerte en sus manos el poder señorial y el real.[30] La historia de Alemania sigue un proceso completamente distinto en esto a la de Francia. En tanto que en el reino electivo alemán sólo podía ser adquirido el poder de casa reinante a costa del reino, en la monarquía hereditaria francesa fue debida la extensión del dominio real a un fortalecimiento del poder del rey y, por consiguiente, del Estado. Este proceso comenzó en Francia a principios del siglo XII con Luis VI,[31] proceso que mediante Felipe Augusto alcanza una significación permanente en la Historia. En el año 1202 había 38 distritos judiciales reales *(prévôtés)*, y al final del gobierno de aquel rey (1223) existían 94.[32] Con el aumento del dominio real aumenta también la fuerza del rey frente a los barones. El rey adquiere el poder supremo de justicia[33] y asume igualmente en sí el poder legislativo y el de policía. Al final del siglo XIII aparece por vez primera el principio de que el rey era *sovrains* de todo el reino sobre los barones, a quienes igualmente se les llamaba soberanos.[34] Como signos de esta soberanía señala Beaumanoirs el derecho del rey a juzgar como órgano supremo de justicia y *le général garde de son royaume*, y de donde deduce el jurista, anticipándose a su tiempo, el derecho libre del rey a legislar *por le porfit du royaume*. Los legistas exaltan más tarde la doctrina absolutista del Bajo Imperio acerca de él, y deducen de ella el poder ilimitado del rey de Francia, mediante la cual llegan a la negación de que haya un poder sustantivo frente al del rey. Estos legistas son los que forman a la vanguardia en la lucha por la

[30] Véase sobre este proceso histórico la *op. cit.*, de P. Viollet, II, pp 145 ss. Para las relaciones bajo los primeros Capetos es de gran importancia la distinción entre *pays d'obéissance-le-roi* y *pays de non obéissance-le-roi*. Véase sobre esto el libro de Luchaire, *Histoire des Institutions monarchiques de la France, sous les premiers Capétiens*, II, 1883, pp. 29 ss.

[31] Luchaire, *op. cit.*, II, pp. 241 ss.

[32] Glasson, V, p. 495.

[33] Este poder nunca le faltó de derecho pero sí de hecho. Véase Luchaire, I, pp. 279 ss.

[34] En las palabras famosas de Beaumanoirs: *Çascuns barous est sovrains en sa baronnie. Voirs est que li rois est sovrains par desor tous. Contumes de Beauvoisis*, ed. Beugnot, II, p. 22. La palabra *souverain* procede de *superanus*, igual a superior; véase Rehm, *Geschichte*, p. 193, n. 2. *Souveraineté* se relaciona con la palabra *superaneitas*, sobre la cual no tenemos noticias. Acerca de la prehistoria de ambos términos y de la naturaleza de la doble soberanía feudal *(souveraineté seigneuriale* y *souveraineté royal)* véase Esmein, *Curs elementer d'Histoire du Droit française*, 3ª ed., 1898, pp. 139 ss. y 178 ss. Rehm, *Allg. Staatslehre*, pp. 40 ss. La interpretación que Rehm hace en *Geschichte*, lug. cit., del pasaje de Beaumanoirs, interpretación opuesta a la mía, a saber: que la *souveraineté seigneuriale* tiene originariamente un carácter administrativo y no feudal, ha sido abandonada por el mismo autor, *Staatslehre*, p. 41.

unidad del Estado, y atacan de un modo decisivo al Estado feudal por su falta de punto de unión, el cual, más que un Estado, es un conglomerado de una diversidad de señoríos. De este modo se transforma el concepto de la soberanía del rey, que en un comienzo era un concepto relativo, comparativo, en un concepto absoluto. De *superior* que era adviene *supremus.*[35]

Teoría y práctica, pues, obran conjuntamente para hacer al rey, y por tanto al Estado, independiente del derecho de dominación de los señores. Bajo el mismo rey que preparó al papado la caída profunda de la época de Aviñón, encuéntrase ya en principio afirmada la victoria del poder del rey en lo interior; por tanto, se había conseguido el resultado más importante, y Francia habría quedado así salvaguardada de un modo permanente del desmenuzamiento de que Alemania era presa por aquella época de un modo irremisible. Después de una leve debilitación del poder del Estado durante la guerra de los Cien Años con Inglaterra, recoge de nuevo Luis XI la tradición de los Capetos, y cuando un siglo más tarde se vio Francia perturbada por las tormentas desencadenadas por la Reforma, el poder absoluto del Estado y la dominación de éste se encontraban decididamente afirmados. Esta victoria fue sin duda posible porque la nobleza feudal francesa se había considerado como un Estado en el Estado, y nunca quiso abandonar la idea de la división del poder en real y señorial. Por esto, en la época de los *estados del Reino* en Francia, nunca se llega a pensar que el rey y los estados del reino encuentran su unidad en el Estado, cosa que sucedió en Inglaterra. Los *états généraux* aparecen siempre como los competidores —rechazados siempre— que tratan de conquistar el poder supremo, singularmente bajo Carlos V, cuya posesión habrían utilizado ellos de nuevo para desgarrar la unidad del Estado con tanto esfuerzo alcanzada.

En estas luchas no es sólo la *res publica* o *civitas* la victoriosa, sino el poder del rey; lo primero carecería de sentido dadas las concepciones dominantes en aquel derecho público embrionario. Este poder público del rey es el que vence el dualismo de la comunidad de la Edad Media, y el que hace una unidad de la colectividad del pueblo. La teoría sigue, según su peculiaridad, a este proceso. La doctrina italiana acerca de la corporación había principiado a comprender el carácter corporativo del Estado. La concentración de poder de éste en manos del príncipe hizo nacer la idea de que tal poder era un elemento constitutivo del Estado. La doctrina de la *plenitudo potestatis*, que se deriva naturalmente de la concepción oficial acerca del sacerdocio y del imperio, venía conduciendo ya —junto con

[35] Los primeros vestigios de esta transformación del concepto pueden encontrarse ya en las Ordenanzas de Felipe *el Hermoso.* Véase Boutaric, *La France sous Philippe le Bel,* 1861, p. 17.

la exaltación del poder del príncipe debida a la doctrina de los legistas— a la justificación de las tendencias absolutistas. En el siglo xv penetra en el mundo cristiano, con los comienzos del humanismo, la antigua concepción del Estado y, por consiguiente, la idea del Estado como unidad. *Amat enim unitatem suprema potestas.* Con estas palabras expresa Aeneas Sylvius[36] la unidad física del poder del Estado, en la que este autor, con más claridad que sus predecesores, corporeíza la unidad del Estado. Éste adviene, por consiguiente, en una comunidad con un poder unitivo que domina en lo interior sin oposición, y que es independiente en lo exterior.[37]

Pero esta unidad y su poder se ven sometidos al influjo de la construcción del mundo y de la historia que hace la Edad Media, y se les aplica tan sólo al imperio, viéndose limitados por la *summa potestas* espiritual del papa. El propio Aeneas Sylvius, que mantuvo una doctrina tan moderna acerca del imperio, la de atribuir al emperador el derecho a ejercitar la *summa potestas,* reconoce, no obstante, sólo como Estado al imperio en el pleno sentido, y niega la sustantividad de reyes y príncipes frente al imperio. No reconoce, pues, la soberanía en toda su amplitud, ya que no la atribuye al poder del Estado, sino exclusivamente a uno; al poder del imperio, que ni tiene igual ni lo soportaría. No se concede, por consiguiente, al Estado concreto el más alto poder, sino a un Estado enteramente imaginario, que contrasta agudamente con la realidad ¡bajo Federico III!

La gran transformación que experimentaron los Estados en lo interior no se puede comprender si se le examina en vista de las concepciones de derecho público dominantes en aquella época. El sistema feudal que ha sellado con su espíritu la evolución del Estado durante siglos fue enteramente abandonado, salvo que en alguna ocasión se hiciese una alusión superficial a él por las doctrinas oficiales sobre el Estado, doctrinas que se apoyaban en autoridades que, o no eran comprendidas, o eran comprendidas a medias. En vista de la literatura política de los siglos xii al xv, podía creerse firmemente que el imperio romano de Occidente se había mantenido exactamente en su antigua forma. Esta ignorancia de la realidad ha tenido también gran importancia política. Aquellos poderes feudales que las teorías dominantes o no aprecian o no comprenden rectamente llegan a ser objeto de desestima y son juzgadas como desprovistas de toda importancia teórica, o bien se les introduce en la concepción ideal del Estado como subordinadas a éste, y, por tanto, a los poderes dominantes. De esta manera ofrece también la doctrina ideal del *imperium,* cada vez más extraña al mundo, y a la que sólo se opone el pueblo conce-

[36] Cap. xx.
[37] Véase el análisis profundo y el juicio acerca de la doctrina de Aeneas Sylvius en la *op. cit.* de Rehm, *Geschichte,* pp. 196 ss.

bido como unidad, un apoyo a la lucha del rey con los *estados*, apoyo que no es de desestimar.

No es sobre la base de la doctrina general, sino sobre el firme fundamento del derecho político francés, sobre el que se forma de un modo claro y definido una nueva doctrina del Estado y de su poder, frente a la confusión propia de la concepción medieval. El humanismo supera la teoría de la Edad Media de la unidad de la Iglesia y el imperio. El rey de Francia no aparece ya sometido a nadie en virtud de un privilegio, o a causa de ciertas relaciones de hecho, sino por un derecho propio y originario. Más tarde la Reforma aniquila totalmente la antigua doctrina de la superioridad del *imperium*. El siglo XVI ve aparecer una teoría en lo que se refiere al rey de Francia, teoría que apoyan los legistas, que le lleva a ocupar el primer lugar entre los monarcas cristianos. Singularmente bajo Francisco I, la escuela de Tolosa, dominada por las ideas romanistas, emprende la tarea de representar a su rey como el más alto sobre la tierra.[38] Sobre la base de los trabajos de Ferrault, Guy Pape, Boyer, Montaigne y otros sobre el derecho francés, publica Grassaille en 1588 un libro importante sobre las regalías francesas, en el que enumera 20 derechos generales del rey, a los cuales hay que añadir aún otros 20 especiales respecto de la Iglesia.[39] A consecuencia de estos derechos, es el rey de Francia el primer rey del mundo que ni jurídicamente ni de hecho reconoce superior alguno en las cosas humanas, ni aun en el papa. Él es *imperator et monarcha in suo regno*, juez supremo que puede destruir todas las jurisdicciones inferiores, el único que puede ejercitar una serie de derechos particulares enumerados, en una palabra, *rex Franciae est in regno tamquam quidem corporalis Deus;* él tiene sobre la Iglesia derechos como ningún otro monarca. Así, por ejemplo, confiere dignidades y beneficios, establece impuestos al clero para fines de la defensa del reino sin necesidad del consentimiento del papa y juzga sobre una serie de casos reservados a los tribunales eclesiásticos.

Junto a esta concepción extrema de los derechos del rey, encuéntranse otras que, apoyándose en el derecho positivo francés, afirman la limitación mayor o menor de su poder, entre los cuales se cuentan algunos de los partidarios de la monarquía formada por los estados o clases. Aun en la época de la lucha entre los hugonotes y la liga, no se vio atacada la institución real ni la unidad del Estado estuvo amenazada de desgarramiento en interés de los *estados*, los cuales quedaron relegados. La lucha agria no se entabla en torno a las ideas de monarquía o república, sino en torno a las de monarquía absoluta o limitada. Esta lucha enseñó

[38] G. Weill, *Les théories sur le pouvoir royal*, p. 15.
[39] Véase la exposición en la obra de Weill, pp. 16 ss.

a todos cuán necesaria era la autoridad independiente, suprema a todos e irresistible del Estado.[40]

En medio de las guerras civiles que dividen a Francia durante el reinado de Enrique III, y en tanto que el rey muestra una debilidad despreciable, nace la nueva doctrina del Estado. En Bodin se muestra toda la evolución anterior, esto es, toda la concepción del carácter del Estado francés; pero él abstrae el resultado de la historia política de Francia, y da a este resultado un carácter absoluto. El concepto de la soberanía, alcanzado después de largas luchas, es considerado por él como una nota esencial en su definición del Estado. *L'État est un droit gouvernement de plusieurs mesnages et de ce que leur es commun avec puissance souveraine.*[41] Esta definición del Estado de Bodin contiene algo esencialmente nuevo que no existía en la literatura anterior: que todo dominio sobre una pluralidad de familias, dotado de poder soberano, esto es, revestido de un poder supremo e independiente en lo exterior y en lo interior, represente un Estado. Esto ni nada análogo se había dicho antes de Bodin. Y tiene mucha razón cuando se atribuye a sí mismo el servicio de haber sido quien por vez primera ha expresado este concepto de soberanía.[42] Antes de él se reconoció uno de los aspectos de la soberanía: el de la independencia exterior y la *suprema potestas* de algunos príncipes, del emperador y del rey de Francia; pero la resolución de todos los elementos del concepto de soberanía en una unidad, no tiene lugar antes de Bodin; a él se debe el que el comparativo *souverain* haya sido elevado definitivamente a superlativo y la *superiorita* a *suprema potestas.*

Pero este concepto, en la forma en que lo formuló Bodin, es de naturaleza esencialmente negativa; el "poder absoluto libre de toda ley sobre ciudadanos y súbditos" significa, ante todo, la negación de lo que quisiera afirmarse como poder independiente, sobre, junto o dentro del Estado: el poder de dominación del papa, del rey y de los *estados.*[43] El Estado tiene un poder soberano, lo cual quiere decir simplemente que es independiente de todo otro poder, pero no afirma lo que es el Estado esencialmente, sino más bien lo que no es.

Se ve ya de una manera harto clara por qué no pudo hallar la Antigüe-

[40] Véase Weill, *op. cit.*, pp. 289 ss.

[41] *Six livres de la République,* 1576, I, 1. En la edición latina, con estas palabras más conocidas: *"Recta plurium familiarum et rerum inter ipsas communium cum summa perpetuaque potestate gubernatio".*

[42] *"Principio definienda fuit maiestas quam nec philosophorum, nec iurisconsultorum quisquam definit."* I, 8 (3ª ed., Francfort, 1644, p. 123).

[43] El concepto de la soberanía no alcanza tampoco su expresión suprema en Bodino, para quien el soberano está obligado por las leyes divinas y por las leyes naturales (I, 8, p. 130). Véase también Landmann, *op. cit.*, pp. 50 ss.; Rehm, *Geschichte,* p. 129. La absoluta ilimitación jurídica que incide en el concepto del *summum imperium* ha pretendido ser fundamentada por vez primera por Hobbes.

dad el concepto de la soberanía: ¿dónde encontrar el poder que pudiera competir con el Estado antiguo?, e igualmente resulta claro por qué la última época de la Edad Media ha intentado determinar en qué consiste el concepto de soberanía, sin llegar a hallarlo. En la lucha por la independencia del Estado, se advierte la mayor parte de las veces, de una manera más o menos transparente, uno u otro aspecto del poder del Estado soberano; pero la totalidad de la negación que radica en el concepto de soberanía se revela en el momento en que se hace visible políticamente esta negación y aparece triunfante ante los ojos de los investigadores.

c) La investigación revela, pues, que la soberanía sólo puede comprenderse mediante las luchas históricas de los Estados para afirmar su existencia. Nuestro trabajo habrá de mostrar, por tanto, que en el momento en que este concepto advienen esencial del poder del Estado y, por consiguiente, del concepto del mismo, principian los ensayos para darle un contenido positivo. Bodin encontró ya el paso de la función negativa de la doctrina de la soberanía a la función positiva; es decir, a partir de él, la doctrina de la soberanía se coloca en una nueva posición de lucha. De una situación de defensa pasa a otra de ataque; las transformaciones fundamentales que experimenta esta doctrina, y que han hecho época, proceden todas ellas de hombres que toman una parte viva en las luchas políticas de su tiempo y que quieren decidir la victoria creando nuevas ideas. Por distintos que sean estos ensayos, no pueden negar en sus posiciones el origen meramente negativo de la concepción de la soberanía, y, por consiguiente, el problema continúa consistiendo en negar enérgicamente, en su avance, las exigencias de todos los poderes que se opongan a ella. Pero antes de que aclaremos esto, será preciso explicar otro proceso de gran importancia.

Aparece aquí una segunda serie de pensamientos que al comienzo está completamente separada de la doctrina de la soberanía, pero que la precede muy de lejos en el orden del tiempo, se enlaza con ella de un modo peculiar y la conduce a errores y confusiones profundas que históricamente se veían acompañadas de consecuencias muy graves.

En las luchas por la independencia del Estado y de su poder en la Edad Media, la monarquía es en general la que representa la idea de Estado; por esto aparece el pensamiento político en los momentos de la lucha por el Estado, como si se tratase de una lucha entre el soberano temporal y el papa, entre el rey y el emperador, entre el gran señor y los señores feudales o ciudades. De aquí que se refiera la soberanía, en un principio, al monarca. El Estado es, pues, una comunidad en cuya cima está un señor soberano. Las nuevas teorías políticas y de derecho natural reconocen también otras formas de Estado además de la monarquía; pero ésta es su forma predilecta. El poder del Estado considerábase como poder

independiente, únicamente con la condición de que el príncipe no se viera ligado en el derecho público, absolutamente por nada, esto es, con la condición de que todo el orden del Estado le fuera ofrecido incondicionalmente. De este modo, la doctrina de la soberanía se transforma en absolutismo. El creador de la doctrina científica de la soberanía es al propio tiempo el primer defensor de la necesidad jurídica y política del Estado absoluto. Pueden advertirse claramente en este punto los efectos que ejerce el ambiente de la época sobre las teorías del derecho político. Ya hemos afirmado que Bodin, en medio de las turbulencias de las guerras civiles, llega a considerar que el único medio de salvación para el Estado se encuentra en el reconocimiento de la omnipotencia del rey. No ocurría cosa distinta con el poder de los príncipes en los demás Estados continentales. En esta época, la transición hacia el Estado moderno tuvo como medio necesario la concentración del poder del príncipe, unas veces para instituir la unidad del Estado, como acontece en España, donde habían subsistido hasta entonces dos Estados independientes, llegando a fundirse, y en otras ocasiones para preservar al Estado de las fuerzas centrífugas, cada vez más fuertes, puestas de manifiesto en el espíritu particularista de los estados o clases. La doctrina del Estado de aquellos tiempos no había hecho sino expresar en una fórmula jurídica lo que hacía dos generaciones había ya exigido Maquiavelo para la formación del Estado nacional en Italia: un poder en el príncipe que sólo hiciese valer su propia voluntad sin consideración alguna y destruyese cuanto se le colocase en su camino.

La nueva doctrina —y esto es más claro en el siglo XVII— consustancializa el Estado cada vez más con la persona del príncipe, y no da al pueblo otro valor que el de objeto de la actividad de aquél. Esta transformación de la teoría sólo se le comprende en sus peculiaridades científicas, si se le pone en relación con los miembros que la unen a la evolución precedente de la doctrina del Estado. La Edad Media se ocupó de la cuestión relativa a los orígenes del poder terreno. Sólo se presentaban dos posibilidades ante los pensadores de aquella época: el origen humano o el origen divino. La doctrina del origen divino del poder terreno fue combatida desde un principio por la Iglesia, y más tarde, la doctrina amparada por ésta, la de reducir el *imperium* a institución divina, fue continuada y completada mediante una teoría del origen humano del poder, de los que en cada época ejercían el mismo; con lo cual, muy pronto la segunda de las posibilidades indicadas apareció en una posición preferente. La antigua fórmula romana, según la cual el poder descansa originariamente en la asamblea popular, ofrece a esta última posición una base de autoridad inquebrantable. Además, como antes hubimos de hacer notar, influye también la antigua concepción judaica proporcionada por

la Biblia, así como el hecho de la designación de los directores terrenos de la cristiandad mediante elección; todo ello hacía considerar al pueblo como el único titular indiscutible y originario del poder supremo. Además, concuerda con la concepción germana del derecho la consideración del Estado —que al principio era enteramente embrionario— como una gran corporación, cuyo poder es el poder general de los miembros. La teoría de aquellos tiempos, separada enteramente de la realidad, se mueve sólo dentro de las categorías de la antigua escolástica, y a causa de ello, sólo se le presenta una alternativa: la de concebir al pueblo como la fuente permanente de todo poder en el Estado, o bien al monarca; pero este último caso lo consideran como resultado de la dejación del poder por parte del pueblo, su titular originario. Cuanto más tiende a concentrarse el poder del príncipe, tanto más enérgicamente afirman sus adversarios su origen popular. En los siglos XIV y XV mantienen esta doctrina escritores eminentes, la cual se utiliza en las turbulencias que levanta la Reforma en los Estados occidentales como un medio de lucha contra los poderes terrenos que oprimían igualmente las conciencias. En la literatura de los monarcómacas sobre el Estado, literatura publicada en la misma época que la obra de Bodin, se hace nacer el fundamento del derecho del rey, del derecho del pueblo, y con esta doctrina se combaten las exigencias políticas que aspiraban al absolutismo.

A esta idea acompaña un hecho de importancia científica. El carácter corporativo del Estado no fue enteramente desconocido de la Edad Media ni de los conocimientos de la moderna, pero una idea clara de las consecuencias últimas que de una tal concepción pudieran derivarse no se encuentra antes de la ciencia moderna del derecho natural, así como este mismo no se encontró en condiciones de desarrollar, sin caer en algunas contradicciones, su idea de la naturaleza corporativa del Estado. La tosca concepción empirista que concibe al *populus* como una suma de individuos previa al Estado y unificada por éste, y a los príncipes, no como miembros del pueblo, sino como personas individuales, esta doctrina vuelve a reaparecer. A esto se enlaza la cuestión acerca del poder soberano del Estado y la del titular de este poder, al cual titular se le coloca, como no puede ser menos, o totalmente, o en parte, fuera del Estado; esto es, que incluso cuando se le reconoce su carácter de órgano, es al propio tiempo persona situada fuera del Estado, cuyo derecho procede no sólo del orden del Estado, sino de un acto que precede a este orden o que sirve de fundamento a personalidades preestatistas. Aparecen, pues, aquí dos distintas soberanías: una que corresponde al Estado, y otra a la persona que representa el órgano supremo del mismo.

Se mezclan de este modo, por tanto, la doctrina de la soberanía popular con el principio moderno de que el Estado necesita un poder soberano.

El averiguar hasta qué punto ambos vínculos de pensamiento, que sólo razones históricas enlazan, están en una conexión lógica, es cosa que resulta de la cuestión relativa al origen del poder, la cual se presenta para toda corporación no soberana en igual medida que para el Estado; en tanto que no puede ser propuesto el problema de la naturaleza de la soberanía de una comunidad, de una corporación o de una asociación, en general. De estas reflexiones tan inmediatas y que, no obstante, nadie ha hecho objeto de investigación, se deduce claramente que la cuestión acerca del poder supremo *en el* Estado no tiene nada que ver con la del poder supremo *del* mismo. Órgano soberano en el Estado y Estado soberano son, pues, dos cosas enteramente distintas. En la terminología actual, difícilmente se logrará que deje de emplearse esta palabra para dos cosas tan enteramente distintas, en parte a causa del lenguaje del derecho internacional, y en parte también a causa del uso que se hace de este término, soberanía popular, a que tan apegada se muestra la literatura de las actuales repúblicas democráticas.[44] Sería una investigación muy importante la que se propusiese mostrar el influjo que han tenido las oscuridades en la terminología, en la historia del pensamiento y de la acción humana.

Posteriormente reaparece con frecuencia la antigua doctrina del origen divino del poder del príncipe. A menudo se une a ella la de la soberanía, bien para apoyar el carácter absoluto del poder soberano, bien para subrayar sus relaciones con la ley divina y mostrar que no puede estar sometida a la ley humana. Pero no se ha propagado tanto como la que hace derivar el poder del monarca de la soberanía del pueblo. Tiene aquella doctrina un defecto de origen, cual es, el de que sólo puede reconocer como fundamentada y justa una determinada forma del Estado; por esto, o acude a una credulidad infantil en la autoridad, como acontece a Graswinckel y Filmer, o se apoya, como en Bossuet, sobre pensamientos teocráticos que no tienen necesidad de prueba alguna, o bien, por último, renuncia a la comprensión de los sucesos históricos, como acaeció con los legitimistas franceses y sus continuadores alemanes.

La teoría del origen humano del poder soberano del príncipe conduce desde Hobbes —que es el primero en no dar a la soberanía del poder del Estado un carácter de hecho como Bodin— a la superación de la doctrina del Estado de la escuela del derecho natural sobre la teoría de la soberanía popular a la que considera como fundamento originario del Estado y de la Constitución. Todas las construcciones jurídicas posibles son aceptadas para fundamentar, de conformidad con el punto de vista jurídico del autor, el poder soberano del príncipe. El pueblo acuerda un contrato bilateral con el rey, y los miembros del pueblo acuerdan otro

[44] Véase G. Meyer, p. 21, n. 7; Rehm, *Staatslehre*, p. 62.

entre sí, al cual se someten; de suerte que el pueblo se encuentra obligado en fuerza de este contrato de sujeción, pero el titular del poder creado no queda obligado. El pueblo cede al rey todo el poder a título de precario, poder que en toda ocasión puede recobrar. El pueblo delega en el rey una parte de su poder, pero reserva el resto para ejercitarlo por sí mismo. El pueblo puede despojarse de su poder; el poder del pueblo es inalienable. Éstos son los dos principios fundamentales que con innumerables variaciones se encuentran expresados en las doctrinas de los siglos XVII y XVIII, y que tienen un poderoso influjo en las luchas formidables de aquellos tiempos.

Un examen atento deja ver fácilmente la razón de estos errores de la doctrina de la soberanía en la época del derecho natural. Unas veces se trata de la doctrina que hace derivar el Estado del individuo, al que considera anterior, y, por tanto; jurídicamente —al menos para el derecho positivo— ilimitado. Esta doctrina considera como fuente del poder la suma de los individuos soberanos, reunidos mediante la asociación y desarrolla las tendencias, vivas ya en la Edad Media, que buscan en la voluntad popular el origen del *imperium*. Además, una concepción suministrada por la doctrina del Estado de los ingleses, y que consiste en considerar que la comunidad popular es el Estado mismo, rodea de autoridad inconmovible a la teoría de la soberanía popular como última base de todo poder del Estado. Justamente la doctrina amparada por la autoridad de los canonistas, de las *civitas* o el *populus (coetus societas)* como Estado —la cual fue transmitida por Aristóteles, Cicerón y los juristas romanos y ha sido la causa que ha impedido una clara concepción de las asociaciones públicas— había de conducir cada vez más a la equivalencia de pueblo y Estado. Si la época de Grocio y Hobbes, hasta Kant y Fichte, al desarrollar la doctrina del poder absoluto del príncipe y del pueblo se hubiese despojado de los supuestos del derecho natural y hubiese desarrollado de un modo consecuente la doctrina de la naturaleza corporativa del Estado, que tan enérgicamente defendieran, habrían podido reconocer en el pueblo, al que consideran como fuente indudable del poder, no como el pueblo previo al Estado, el cual Estado se formaba por la unión de los individuos, sino que habrían considerado al Estado como el pueblo organizado. En una palabra: habrían conocido al Estado. La cuestión relativa a los orígenes del poder del príncipe, cuestión que desde el comienzo va unida a la moderna doctrina de la soberanía, habría necesitado conducir al principio de que tal origen radicaba en el Estado, con lo cual el poder monárquico habría hallado al poco tiempo la amplitud de su contenido y la limitación del mismo.

Es muy significativo, para mostrar las opuestas teorías que existen en las corrientes jurídicas, el advertir que tanto la doctrina del derecho na-

tural en sus comienzos, como la jurisprudencia positiva, no ignoran completamente lo antedicho acerca del origen del poder. En la Edad Media, la doctrina del *Corpus mysticum Cristi* reconoce que el pueblo se eleva a la unidad de Estado, con lo cual el monarca es considerado como un órgano. Los publicistas posteriormente distinguen entre la *majestas realis* propia del Estado y la *majestas personalis* del monarca, que deriva de aquél.[45] Pero en tanto que en estos escritores tales afirmaciones tienen el carácter de una manera especial de derivar la soberanía del príncipe de la del pueblo, otros juristas, partiendo de concepciones prestadas por el derecho feudal, corrigen a Bodin; tal acontece con el famoso jurista francés Loyseau, quien afirma que la soberanía corresponde al Estado, o mejor, al territorio de éste, y, por tanto, es poseedor de ella el que en cada momento es titular de dicho territorio. De esta manera deriva él de la *souveraineté in abstracto* la *souveraineté in concreto.*[46] Esta concepción de la soberanía, desconocida —hasta donde yo puedo afirmarlo— de la literatura moderna, es de gran importancia para la historia de los orígenes del concepto soberanía, porque en ella se expresa, en su forma original, la antigua concepción feudal francesa, según la cual la dominación del territorio es el fundamento del poder del Estado.

Grocio, para fundamentar el derecho internacional, hubo de combatir la mal comprendida doctrina aristotélica, a la que había permanecido fiel el propio Bodin, doctrina según la cual, los cambios en la Constitución llevaban consigo el cambio del Estado.

El propio Grocio sólo logra afirmar la identidad del Estado a través de las modificaciones de la Constitución mediante la oposición entre Estado y príncipe; por eso hace una distinción entre el *subjetum commune* —el Estado— y el *subjetum propium* de la *majestas* —el príncipe—.[47] Así, pues, no distingue tampoco claramente entre Estado y pueblo, sino que su doctrina desemboca a la postre en aquella que consideraba la soberanía popular como el fundamento de la soberanía del príncipe.[48] Mas en tanto que establece un paralelismo entre la actividad del príncipe

[45] Gierke, *Althusius*, pp. 164 ss.

[46] *"Et comme c'est le propre de toute seigneurie d'estre inhédente á quelque fief ou domaine, aussi la souveraineté* in abstracto *est attachée à l'Éstat, Royaume ou République. Paraillement, comme toute seigneurie est communiquée aux possesseurs de ce fief ou domaine, la souveraineté, selon la diversité des Estats se communique aux divers possesseurs d'iceux: à sçavoir en la démocratie à tout le peuple... En l'aristocratie la souveraineté réside par devers ceux, qui ont la domination... Finalement es Monarchies elle appartient au monarque qui pour ceste cause est appelé prince souverain ou souverain seigneur." Traité des seigneuries,* París, 1608, p. 25.

[47] I, 3, § 7, 1.

[48] Véase Gierke, *Althusius*, pp. 173 ss. Rehm, *Geschichte*, p. 237, que atribuye a Grocio una visión más consecuente acerca de la naturaleza de la soberanía del Estado. Pero en la página 241 subraya las oscuridades que existen en Grocio respecto a la significación de *populus.*

y la de la visión —la cual puede tomar como sujeto tanto el cuerpo como el ojo mismo—,[49] se acerca a una concepción exacta, sin llegar a alcanzarla por completo, o al menos a fijarla.

d) Lo dicho hasta ahora nos hace comprender las tentativas realizadas por dar un contenido positivo al concepto de soberanía, el cual por sus orígenes y por su propia naturaleza tenía un carácter negativo. De la concepción abstracta de un poder que niega las exigencias de todos los poderes no estatistas que se le oponen, no puede derivarse consecuencia alguna positiva respecto de su contenido. Para lograr esto, es preciso referir la teoría a la vida concreta del Estado. La teoría considerará simplemente a la persona soberana que se ve en la cima del Estado, termina las facultades que le corresponden, conforme al orden jurídico reinante, para considerarlas como elementos esenciales y necesarios del concepto del poder soberano. Pero mediante esta racionalización del derecho político positivo, se cae en una falta de suma importancia para la evolución general de las concepciones fundamentales del derecho, a saber: *en la identificación del poder del Estado con la soberanía.* Esto aparece ya en Bodin, que hace consistir el poder soberano en un número determinado de derechos particulares. Es verdad que estos derechos no se consideran derivados de la esencia misma de la soberanía, esto es, no se demuestra que no pudiesen ser derivados con igual razón de un poder no soberano, pero en lugar de la prueba, se usa de la afirmación. Es claro, pues, que en esta equivalencia entre función del Estado y derecho de soberanía, radica una *petitio principii:* del hecho de que el soberano ejercita un derecho, se concluye que se trata de una función del Estado, siendo así que debería probarse que constituye una función necesaria del Estado, la cual, por esta razón, necesita pertenecer al soberano.[50] Además, no se investiga lo que sería de un Estado en un momento dado, al sustraérsele uno o varios derechos de soberanía y al afirmar otros. En sus esfuerzos por construir el Estado normal, uno en sí mismo, olvidan los fundadores de la doctrina de la soberanía justamente aquellos casos empíricos en los cuales debiera ensayar la doctrina la necesidad del concepto de la soberanía para el Estado.

Que el contenido positivo de la soberanía es afirmado de este modo, nos lo muestra con toda claridad Bodin en sus observaciones posteriores acerca del derecho de la soberanía. Ocho *vrayes marques de souveraineté* señala Bodin: el derecho de legislar, el derecho sobre la paz y la guerra, el

[49] I, 3, § 7, 1.

[50] *"Jura majestatis ejusmodi esse necesse est, ut summo quidem Principi tribui, magistratibus aut privatis non possint: aut si summis Principibus ac privatis communia sint, jura majestatis esse desinant* (I, 10, p. 234), *jura majestais ejusmodi esse debere ut summorum quidem Principum omnino propria sint, nec tamen cum subditis communia."* I, 10, p. 271.

derecho a nombrar los altos dignatarios, el derecho supremo de justicia, el derecho a la fidelidad y a la obediencia, el derecho de gracia, el derecho de moneda y, por último, el derecho a fijar impuestos. Pero éstos no son otros que los derechos que el rey de Francia exigía para sí, y estas circunstancias y relaciones son las que han servido de modelo.[51] Cuando se atribuye a los súbditos semejantes derechos, éstos no son en sus manos sino una posesión precaria que puede serles arrebatada por el poder soberano en todo tiempo.[52] Aquí es donde se muestra con claridad el punto en que el concepto de la soberanía toma la ofensiva y adviene idea política de consecuencias profundas.

Hobbes continúa este camino con impasibilidad y señala el concepto de soberanía con toda claridad en su sentido absolutista. Pero él es mucho más sistemático que Bodin, pues no busca el contenido de la soberanía en lo exterior, sino en el fin mismo del Estado, y trata de hacerlo derivar de este fin.[53] Según él no caben apelaciones contra el soberano, ni es susceptible de ser penado: es el supremo custodio de la paz y la más alta autoridad en materia de fe. Es legislador, juez supremo, señor de la paz y de la guerra y de todos los servicios; tiene el derecho de recompensar y castigar *praeter legem,* y es, por último, la fuente de todos los honores y dignidades.[54] Pero éstas no son otra cosa que las propiedades fundamentales que enumeraba la teoría inglesa de la prerrogativa regia, tal como esta teoría era formulada un siglo más tarde por Blackstone.[55] Hobbes ha elevado el derecho inglés a principio absoluto, como hizo Bodin con el francés, pero es en sus consecuencias mucho más riguroso que aquél; para él toda separación de un derecho de los que constituyen la soberanía, y toda traslación de este derecho a una persona distinta del titular del *summum imperium,* sería una acción destructora del Estado.[56] Todo poder de un cuerpo político que no es el Estado es creación del poder soberano y está sometido a éste.[57]

Los ensayos posteriores para dar al concepto la soberanía un sentido

[51] Pronto se ha reconocido cuán arbitraria y antisistemática es esta enumeración. Ya Loyseau, *op. cit.*, p. 26, advierte que el poder absoluto es lo que considera como nota característica de la soberanía, y afirma: "*les autres marques de souveraineté rapportées par Bodin... sont plustot droit et dépendances que marques spécifiques et certaines: et quiconque voudroit mirer et recognoistre la souveraineté par chacunes d'icelles, se mesprendroit souventes fois*". Véase además Paurmeister y Hancke, p. 50, *op. cit.*

[52] "*...quaeque nee concedi debeant, et concessa nulla temporum curriculo praescribi possint. At si Principes, publica praedia cum imperio ac jurisdictione et eo modo fruenda concesserit, quo ipse frueretur, etiam si tabulis jure majestatis excepta non fuerint, ipso jure tamen excepta judicatur.*" I, 10, p. 271.

[53] Véase Rehm, *Geschichte*, p. 246.

[54] Leviatán, cap. XVIII, pp. 162 ss.

[55] *Commentaries*, I, pp. 243 ss.

[56] *De cive,* cap. XII, p. 5; Leviatán, cap. XVIII, pp. 167 ss.

[57] Leviatán, cap. XXII, p. 210.

positivo siguen este mismo camino. Así Locke, al señalar los cuatro poderes que distingue en el Estado, legislativo, ejecutivo, federativo y la prerrogativa, no ha hecho sino elevar a abstracción las relaciones políticas inglesas, tal como, después de la revolución de 1688, se encontraban transformadas. La doctrina jurídica alemana, desde que, al comienzo del siglo XVIII, principia a influir sobre ella la teoría de Bodin, considera igualmente de un modo fundamental las relaciones políticas de la propia patria, siempre que intentan los distintos escritores hacer una división de los derechos de la soberanía. Y la polémica que suscita en Alemania en el primer decenio del siglo XVII contra la doctrina de Bodin, obedece principalmente a la oposición entre las relaciones estatistas alemana y la francesa.[58] La investigación de las relaciones en cada caso particular entre la teoría y la realidad es de la mayor importancia; en cambio, los resultados teóricos de muchos escritores de segunda fila de la época del derecho natural tienen un interés muy escaso, porque no se encuentra en ellos una elaboración verdadera del concepto de soberanía, sino que más bien se limitan a aceptar tal o cual pensamiento, anteriormente exteriorizado, o a rechazar algún elemento en favor de otros.

Todos los impulsos, pues, por llegar a dar al concepto de soberanía un contenido positivo se refieren al poder del Estado, el cual es identificado con el *summum imperium;* mas con esto la teoría cae en una contradicción política con respecto a la vida, porque antes del siglo XIX muchas de las facultades que exclusivamente se atribuían al soberano en el mundo de los Estados —a causa de los vestigios del Estado feudal— correspondían también a otros poderes que no eran el del soberano. La teoría eleva precisamente los derechos de majestad que había abstraído de las relaciones existentes y los considera exclusivamente atribuibles al titular del derecho de majestad. Del mero hecho de que el poder supremo posee un derecho, sacaba en consecuencia la teoría que sólo podía pertenecer este derecho al poder supremo, y en tanto que todos estos derechos se colocan dentro del concepto del poder del Estado, para ser derivados de nuevo deductivamente de este concepto, en tanto que hace esto, decimos, atribuye la teoría al soberano —exclusivo tenedor originario— todos los derechos de dominación. De esta manera, toda tenencia de tales derechos por una persona individual o social, pero que no sea el Estado, adquiere el carácter de usurpación. El mismo derecho de dominación pertenece siempre al Estado, sólo que para ejercitar ésta puede delegar en sus subordinados, pero conservando la sustancia de la dominación como un derecho que le es propio.

El gran proceso de la expropiación por el Estado de los poderes públicos

[58] Véase Hancke, *op. cit.*, p. 4.

coordinados y subordinados a él, proceso que forma la nota peculiar de la evolución política de los tiempos modernos, encuentra en esta teoría un fuerte apoyo. El concepto de soberanía del Estado, en su forma absolutista, ha sido, a causa de esto, uno de los grandes hechos históricos que han influido en el concepto moderno del Estado. La convicción práctica de que éste es el que mantiene todo el poder público, y de que, por tanto, sólo de él puede nacer el derecho al ejercicio de las funciones públicas, procede de esta idea moderna del Estado.

La doctrina de la soberanía, según sus orígenes, parece no ser sino una teoría negativa cuyo fin consistía en que el Estado se afirmase a sí mismo. Mas al desarrollarse y tomar como contenido positivo el carácter de poder del Estado, transforma los conceptos fundamentales del derecho público. En sus representantes clásicos esta doctrina parte de la concepción de la unidad centralista del Estado, concepción a que tenía que conducirla necesariamente la generalización de sus principios del derecho natural. Al ser creado todo poder del Estado mediante el contrato de los miembros del mismo, no queda lugar alguno para el poder público de una asociación independiente dentro del Estado.

La significación práctica de este aspecto de la doctrina de la soberanía se nos mostrará con toda claridad si para concluir esta ojeada histórica describimos a grandes rasgos cuáles han sido la suerte y los efectos políticos del concepto de soberanía desde fines del siglo XVII.

e) Después del intento que hubo de resolver el problema de la soberanía aceptando una doble superioridad, la de la *majestas realis* y de la *personalis;* después de las indicaciones de Grocio, que no pudieron conducirnos a un conocimiento de la soberanía del Estado, sino más bien a la doctrina, tan rica en influjos, de Hobbes, según la cual la soberanía del príncipe absorbía completamente la del *corpus* del Estado, considerada durante largo tiempo, fue la soberanía personal como la única; esta soberanía descansa igualmente, en último término, en la del pueblo. No sólo el soberano absoluto de Hobbes, sino el parlamento, dotado de un poder despótico en Blackstone,[59] y finalmente el poder inalienable del pueblo en Rousseau, conduce al mismo orden de pensamientos. Y en este mismo plano de ideas está la teoría constitucional, que principia en Inglaterra con Thomas Smith y Hooker, y llega a un periodo de florecimiento con Locke y Montesquieu, Sieyès y Benjamin Constant. Todas ellas se apoyan en la doctrina de la soberanía originaria del pueblo, a la que conceden un valor

[59] *"It has sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments, reside somewhere, is intrusted by the constitution of these kingdoms."* I, p. 160.

de necesidad desde el punto de vista del pensar. Antes que Rousseau, Montesquieu había visto ya en el poder legislativo *la volonté général.*[60]

De este modo, la doctrina de la soberanía da un nuevo avance. La teoría constitucional y la del *Contrato social* tienen la exigencia común de querer moldear la vida del Estado según sus principios, del propio modo que en los dos siglos anteriores lo había pretendido en la Europa occidental la teoría de la soberanía del príncipe. La Constitución de los Estados Unidos, tanto de los estados particulares como de la Unión, los experimentos constitucionales de la Revolución francesa, la teoría de *pouvoir constituant* inalienable y correspondiente al pueblo, que tan gran papel juega hasta en el movimiento de 1848, la construcción de la monarquía belga sobre la base de la soberanía nacional, todos ellos son ejemplos que muestran la importancia práctica de la doctrina de la soberanía. Pero la antigua teoría de la soberanía del príncipe no deja tampoco de influir en los siglos XVIII y XIX, y de conseguir triunfos importantes en el campo de la política práctica apoyada a menudo por la concepción teológica de la monarquía de *jure divino.* Lo que decía Federico Guillermo I a los nobles de la Marca: que él quería establecer la soberanía como si fuese una roca de bronce, fue en el siglo XVIII la máxima que sirvió al proceso de formación del sistema de los Estados del Este. La concepción del derecho soberano de dominación, al cual ha de someterse todo derecho de los súbditos, por buena y expresamente formulada que se halle, es la idea que ha llevado a cabo la unidad de Prusia y la unidad de Austria.[61] Bajo su influjo unen sus territorios los soberanos de Brande-

[60] *Esprit des lois,* XI, 6, *"n'étant l'un (le pouvoir législatif) que la volonté général et l'autre que l'exécution de cette volonté générale".*

[61] Desenvolviendo la doctrina de Bodino, Hobbes y Puffendorf, ha sostenido la escuela del derecho natural en Alemania, en el siglo XVIII, la teoría de que el poder del Estado corresponde al jefe del mismo, y que a la cualidad de tal jefe supremo convienen todas las facultades como derechos exclusivos de la majestad, derechos que son necesarios para que el Estado alcance su fin; tratar de alcanzarlo es el deber del monarca. Wolff, en su famoso e influyentísimo libro *Jus naturae,* VIII, § 810, es el primero en haber hecho esta afirmación: *"Qui imperium civile exercere debet, ei competum omnia jura, sine quibus ita exerceri nequit, ut bonum publicum, quantum fieri potest promoveatur".* Éste es el *jura majestatica.* Este concepto es desarrollado más tarde, § 811: este principio lo toma como un punto de partida común toda la literatura de la escuela del derecho natural, y hasta llega a alcanzar su expresión legislativa en el *Allg. Landrecht,* parte 2ª, tít. XIII, § 1. Todos los derechos y deberes del Estado respecto a sus ciudadanos y deudos únense en el jefe del Estado, quedando de este modo enlazadas las doctrinas de los deberes del monarca con la de los derechos de la majestad para el cumplimiento de los mismos. Es muy de tener en cuenta que Svarez era un discípulo del wolfiano Darjes, el cual, como Stölzel (Svarez, pp. 62 ss.), hace notar, influye mucho en aquél, y que el programa político de Svarez (Söezel, p. 286) estaba todo él fundamentado en la doctrina contractualista de la doctrina del Estado. Zorn, *Die Literaturzeitung,* p. 881, encuentra trivial esta doctrina absolutista del derecho natural derivada de la de la soberanía del pueblo, teoría absolutista que no coincide, como ha sido probado, con el principio monárquico, tal como fue formulado en las constituciones alemanas posteriores, como el "resultado de la evolución del Estado de Brandeburgo y Prusia". Yo estimo

burgo y Austria para hacer de ellos una unidad organizada y sometida administrativamente a una misma autoridad. Esta unión se oponía a las constituciones particulares de los *estados* o clases, y sus disposiciones contradicen la concepción dominante de soberanía. La centralización de Francia, cada vez más acentuada después de Luis XIV, la penetración de los intendentes y sus delegados en la administración de las ciudades y de los *estados* en la época del *ancien régime*, de igual modo que la enérgica concentración que después de un momento de debilidad emprende el poder del Estado hasta llegar casi al total aniquilamiento de las administraciones autónomas que entonces existían, fue una tendencia de la legislación francesa que halló su expresión más aguda en la ley del *pluvioso* dada por Bonaparte, con la que se abre el camino a la nueva monarquía. Mas todo esto no ha podido llevarse a cabo sino mediante el influjo enérgico de la idea de que era necesaria la concentración del poder soberano en las manos de uno solo.

La doctrina de la soberanía del príncipe ha tenido singular importancia en el proceso de la formación de la nueva Alemania, después de la disolución del antiguo reino. Una serie de príncipes alemanes, que más tarde se convirtieron en soberanos, trataron de buscar una situación nueva y clara para ellos en el sentido del antiguo absolutismo. La supresión de las antiguas constituciones, en las que se reconocían los *estados* o clases, fue considerada por ellos como una consecuencia del concepto de soberanía. Así pues, este concepto ha puesto a un lado *ipso jure* todos los derechos de los Estados.[62] A fin de llevar a cabo la concentración del poder del príncipe, el acta de la Confederación del Rin instituye una lista de los derechos del soberano para determinar de este modo el sometimiento de los que estaban mediatizados.[63] Entonces es cuando comienza a pe-

esto con mucha más amplitud que Zorn, y opino que un principio que debe valer como el resultado de todas las monarquías absolutas en Alemania y fuera de Alemania, no puede considerarse como peculiar y distintivo del Estado prusiano.

[62] Así en Nassau (territorio de Trier), Wurtemberg, Baden (Brisgovia), Hessen-Darmstadt, Baviera (antigua Baviera y Tyrol) y Clèves-Berg. El derecho político de aquella época defiende esta conducta, mediante una deducción del concepto de soberanía. Véase, por ejemplo, K-S. Zachariae, *Jus publicum civitatum quae foederi Rhenano adscriptae sunt*, 1807, p. 28; Gönner, *Archiv für Gesetzgebung und Reform des juristischen Studiums*, I (1808), pp. 1 ss. Gönner, en su libro *Teuschen Staatsrechts*, 1804, p. 388, afirma que el dueño del territorio no puede hacer depender los derechos esenciales del gobierno del consentimiento de los *estados*. Véase sobre esta literatura Mejer, *op. cit.*, p. 68, núm. 15, y p. 137, núm. 12, y G. Meyer, *op. cit.*, pp. 103 ss.

[63] Acta de la Confederación del Rin, art. 25. Zorn, *D. Literaturzeitung*, p. 879, no encuentra aquí la prueba de que la evolución de Brandeburgo y Prusia haya servido de principio formativo al derecho del Estado moderno en Alemania. Este Estado moderno es tanto el Estado de los grandes electores cuanto los Estados particulares y el imperio. La cuestión consiste aquí en saber qué es lo que entiende por Estado moderno. Para Zorn lo era ya el Estado absoluto; para mí lo es el Estado constitucional. Pero que el gran elector haya sido el genitor de nuestras constituciones particulares del imperio, y que Prusia haya sido la que ha

netrar en los círculos oficiales en Alemania la doctrina del principio monárquico. En el antiguo imperio no cabía hablar de ello, pues ni el emperador ni los señores territoriales podían afirmar, dado el derecho existente, que ellos poseyesen la plenitud del poder monárquico. Incluso entre los últimos publicistas del imperio, no puede encontrarse ninguno que hable de la imposibilidad de poner limitaciones al órgano supremo del imperio o de los soberanos particulares.[64] Al final de la guerra de los Treinta Años no se había logrado aún transformar la *superioritas territorialis* en un *suprematus*, y las observaciones posteriores de Leibniz, encaminadas a este fin, no tuvieron resultado práctico alguno. Pero el movimiento de la guerra de liberación tuvo como resultado el que se consignase la promesa del artículo 13 del Acta de la fundación de la Confederación alemana, y con él el problema de la legislación constitucional alemana hubo de consistir en armonizar el orden constitucional que se iba creando con las exigencias de la soberanía del príncipe, a la que era necesario apoyar ante los movimientos de los revolucionarios.

De nuevo una fórmula francesa es la que sirve de tipo a la formulación del derecho público en Alemania. Al comienzo de la restauración, los círculos conservadores franceses habían creído hallar el mejor muro de contención contra las futuras acometidas de los revolucionarios, en una realeza independiente de todo movimiento popular. Bajo el influjo de las tradiciones del *ancien régime*, así como de la concepción de los *tories* de Inglaterra, que no había sido tocada por la revolución, fue improvisada por Beugnot la introducción a la carta de Luis XVIII,[65] en la cual,

dirigido el movimiento constitucional en Alemania, difícilmente podrá probarlo Zorn. M. Lehmann, *Freiherr vom Stein*, II, p. 12 ss., nos dice cómo este concepto del Estado moderno se entendía en Prusia en la época de la fundación de la Confederación del Rin. Yo no creo que se preste un servicio a la ciencia mostrando, mediante construcciones antihistóricas que quieren apoyarse en el pasado, la labor de reunión histórica que ha realizado Prusia en Alemania, porque, además, esto, políticamente, es enteramente superfluo. El propósito de Zorn y el mío difieren esencialmente porque él no va a la investigación, como yo, desapasionadamente a buscar la verdad histórica, sino que exige una construcción patriótica.

[64] Véase Pütter, *Beiträge*, I, pp. 203 ss.: Gönner, *Staatsrecht*, 2ª ed., p. 375, 1805. Hasta que tuvo lugar la disolución del imperio se reconocía la posibilidad de deponer a un soberano particular mediante un acuerdo del imperio. Los intentos absolutistas que tanta importancia práctica han tenido, y que fueron llevados a cabo por los soberanos particulares, se apoyaban doctrinalmente en la aplicación al derecho positivo, aplicación que es inadmisible de los principios profesados acerca de la doctrina de la soberanía por la escuela del derecho natural a los soberanos particulares o en la construcción patrimonial del derecho privado. Prusia y Austria podían afirmar su soberanía fuera del reino. En 1804 asegura Francisco II, mediante la aceptación del título de emperador de Austria, que no debe introducirse modificación alguna en la relación jurídica de sus derechos a la propiedad del reino.

[65] Sobre los interesantes orígenes de la historia de esta introducción a la carta, véase Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlamentaire en France*, II, 1857, pp. 175 ss., y especialmente Beugnot, *Mémoire*, 1866, II, pp. 227 ss. La expresión "principio monárquico" y su oposición a principio democrático es de origen francés, y procede de la discusión política de 1814. Véase B. Capefigue, *Histoire de la Restauration*, 1837, p. 96.

con una ignorancia admirable de lo sucedido de 1789 a 1814, se dice que el rey, *après une longue absence*, y cediendo a deseos de los súbditos, concede al pueblo voluntariamente, y por el libre ejercicio de su autoridad, una constitución, en la cual afirma la antigua situación del rey, ya que todo el poder público de Francia tiene su asiento en la persona de éste, pero, no obstante, concede al pueblo una parte en su ejecución.[66] Con lo cual estaba ya encontrada la fórmula jurídica para el principio monárquico, principio que en su aplicación a las relaciones alemanas fue introducido primeramente en la Alemania del Sur, y que, bajo el influjo de la carta, encuentra su expresión legislativa en las constituciones,[67] y es elevado a la categoría de un concepto dogmático indudable en el artícu-

[66] Las afirmaciones más importantes son éstas: "*Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à en modifier l'exercice, suivant la différence des temps [...] nous avons reconnu que le voeu de nos sujets pour une charte constitutionnelle était l'expression d'un besoin réel [...] Nous avons dû nous souvenir aussi que notre premier devoir envers nos peuples était de conserver, pour leur propre intérèt, les droits et prérrogatives de notre couronne [...] nous avons volontairement et par libre exercice de notre autorité royale accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la charte constitutionnelle*". Duguit y Monnier, *Les constitutions et les principales lois publiques de la France depuis de 1889*, 1898, pp. 183 ss.

[67] Constitución de Baviera de 26 de mayo de 1818, título II, § I. El rey es el jefe del Estado; reúne en sí todos los derechos del poder del Estado, y los ejerce según las reglas establecidas por él en la presente Constitución. De acuerdo con ésta, se encuentra la de Baden de 22 de agosto de 1818, § 5, Wurtemberg, Constitución de 25 de septiembre de 1819, § 4, y Hessen, Constitución de 17 de diciembre de 1820, § 4. Esta fórmula encuéntrase por vez primera en el proyecto de Constitución de Guillermo I para los *estados* de Wurtemberg del 3 de marzo de 1817, sobre la cual no ha reparado la literatura hasta ahora, y acerca de la que me ha llamado la atención Anschütz. En la documentación constitucional de Baviera fue introducido este principio por la proposición de Zentner en la conferencia ministerial de 21 de abril de 1818, "para expresar de un modo decisivo el carácter de los derechos de la monarquía frente a los *estados*". (Véase Seydel, *Bayer Staatsrechts*, I, p. 169, núm. 2.) Por consiguiente, está de acuerdo con el pensamiento de introducción a la carta, que no tiene relación histórica alguna con el principio antes citado de *Allg. Landrecht*. Lo que hay de nuevo en ella es la afirmación que le sirve de fundamento, según la cual el poder monárquico no es derivable de ningún otro, y, además, la negación de toda clase de soberanía popular. El siglo XVIII, en tanto que no rendía culto a la doctrina patrimonial del Estado, consideró también en Alemania, incluso durante la monarquía absoluta de la que ésta tomaba originariamente su poder, conforme a contrato de un desprendimiento del pueblo, fuente última de todo poder del Estado. El mismo Svarez (véase t. I, p. 267, n. 1) explica su afirmación de que al jefe del Estado se le deben todos los derechos que corresponden al último con respecto a sus miembros; "mediante esta determinación, se aproxima al principio del contrato social". Por lo tanto, no se habla, como en el *Allg. Landrecht*, de los deberes del jefe del Estado, pues estos deberes no son sino las cláusulas del contrato de sujeción, tal como eran desarrolladas en aquel entonces por la doctrina del Estado del derecho natural. La novedad de la formulación del principio monárquico en Alemania se aclara al considerar que en 1816, aun un político prusiano tan conservador como Ancillon, en su escrito sobre la soberanía y la Constitución de los Estados (2ª ed., pp. 18 ss.), sólo acierta a representarse una monarquía limitada, partiendo del principio de la división del poder del Estado entre el monarca y los *estados*.

lo 57 del Acta adicional de Viena.[68] Los diplomáticos intentaron por vez primera discutir un concepto jurídico, cuando en la conferencia ministerial de Viena de 1820 trataron de dar una definición legal del concepto "príncipe soberano" y de la posibilidad de la limitación de sus derechos por la Constitución. Metternich dedujo inmediatamente de todo ello esta consecuencia amenazadora: que las constituciones de Nápoles, Cerdeña y España, y la intervención política del Congreso de Troppau, Laibach y Verona, eran contrarias a los principios modernos del derecho internacional; por lo cual Metternich intentaba buscar el fundamento del orden europeo en el principio monárquico, separando algunos casos excepcionales en los que el Congreso de Viena había reconocido pequeñas comunidades republicanas de un carácter histórico, tales como Suiza y las ciudades libres alemanas.[69]

La transformación que sufre, pues, la doctrina de la soberanía del príncipe al transformarse el principio monárquico sólo puede explicarse poniéndola en relación con la teoría de la soberanía popular, no como si se tratase de una derivación de ella, sino más bien como una oposición a la misma, pues la primera era considerada como doctrina enemiga del Estado. En la política práctica debía ser, por consiguiente, el principio monárquico el punto firme desde el cual debía vencerse definitivamente la revolución.

Por el contrario, en la doctrina del derecho político, la proclamación oficial del principio monárquico provoca la doctrina del derecho propio del monarca a la dominación, la cual no es comprensible, partiendo de la constitución del Estado. Se trata, pues, de una nueva aplicación de los antiguos principios del derecho natural y patrimonial.[70] Pero ¿de dónde procede este derecho propio del monarca? Como quiera que no puede ser comprendido partiendo del orden jurídico del Estado, considerado desde un punto de vista terreno, reaparece la doctrina teológica del Estado, doctrina que jamás pudo considerarse por completo extinguida. No es el pueblo ni el Estado, sino Dios, el origen del poder del monarca, y, por con-

[68] "Como la confederación alemana está formada, a excepción de las ciudades libres, por príncipes soberanos, resulta, a consecuencia de este concepto fundamental, que el poder total del Estado ha de permanecer unido en el jefe del Estado, y el soberano sólo puede, mediante una constitución particular, ser obligado a asociarse a los *estados* o clases para el ejercicio de determinados derechos."

[69] Es muy interesante el despacho circular de las potencias del Este de Laibach publicado el 12 de mayo de 1821, en el que se dice: *"Les changements utiles ou nécessaires dans la législation et dans l'administration des États ne doivent émaner que de la volonté libre, de l'impulsion réfléchie et éclairée de ceux que Dieu à rendus responsables du pouvoir"*. Impreso en Ghillany, *Diplomatisches Handbuch*, II, 1855, p. 438.

[70] El último que de una manera precisa se ha expresado de este modo fue Maurenbrecher, *Die Regierenden Fürsten und die Souveränetät*, 1839. En la p. 167 dice: "que la soberanía debe ser en la monarquía hereditaria un derecho puramente privado (propiedad, parte del patrimonio) del príncipe".

siguiente, esta nueva doctrina se une a la antigua, o sea, aquella con que desde Marsilio de Padua hasta Rousseau tan enérgicamente habían luchado los representantes de los derechos del pueblo.

Aun en la literatura del siglo XIX, es más, aun en la actual, permanece la concepción de la soberanía oscura y sigue siendo objeto de confusiones.[71] Así, por ejemplo, aquellos mismos que han reconocido la soberanía como atributo del poder del Estado, y éste como un elemento del mismo, continúan defendiendo la doctrina del derecho propio del monarca. La contradicción que incide en esto la ha reconocido y tratado de resolver Bernatzik,[72] pero de tal manera, que no podía conducirle a ningún resultado. Por lo común, se mezclan de un modo inconexo las antiguas y las nuevas concepciones. Es un espectáculo interesante el ver la fuerza con que las representaciones y dogmas, que parecen superados, influyen sobre aquellos que se creen liberados de las antiguas cadenas.

La observación exacta acerca de la relación del órgano con la soberanía del Estado se debe a los adversarios de la doctrina del Estado de la escuela del derecho natural, y además a la teoría orgánica del mismo. El haberse esclarecido completamente este punto se debe a la doctrina alemana moderna sobre el derecho político, cuyos fundamentos hay que buscarlos en la discusión acerca de la concepción de la soberanía, discusión que hizo época, de Albrecht, sobre el derecho político de Maurenbrecher.[73] El camino acertado acerca de esto, como en tantas otras cuestiones, se debe a Gerber, quien hizo notar que la soberanía no era el poder del Estado, sino un atributo del mismo, y añadía: "Las expresiones soberanía del príncipe, soberanía del pueblo y soberanía de la nación, sólo son frases que se aplican a distintas teorías políticas. Con el concepto de soberanía no tiene relación alguna estricta el concepto del derecho del monarca, lo que no obsta para que soberanía y principio monárquico se confundan a menudo".[74]

Estas observaciones nos dan un punto firme y un fundamento cierto para comprender la naturaleza jurídica de la soberanía, y aclararnos lo que en la moderna literatura política y jurídica aparece tan envuelto en una amplia fraseología cuando se trata de la soberanía.[75]

[71] Véase Rehm, *Staatslehre*, pp. 57 ss., el cual prueba que en la literatura y en el lenguaje oficial se usan indistintamente estas tres acepciones diferentes del concepto de soberanía; atributo del poder del Estado, lugar jurídico del más alto órgano del Estado y, por último, poder del Estado.

[72] *Republik und Monarchie*, 1892, pp. 27 ss. Véase además mi recensión de este trabajo en *Archiv. f. öff. Recht*, VIII, pp. 175 ss.

[73] *Op. cit.*, p. 1491.

[74] *Op. cit.*, p. 22, núm. 5.

[75] Sobre todo en los pueblos latinos. Véase, por ejemplo, la colección de definiciones publicadas por Combothecra, *La conception juridique de l'État*, 1899, pp. 92 ss., especialmente, la de Saint-Girons y Orlando, y además, Moreau, *Precis elementaire de droit constitutionnel*,

2. La naturaleza de la soberanía

La revisión que hemos hecho de la historia del concepto de soberanía nos ofrece una serie de consecuencias importantes.[76] La primera es que los intentos por eliminar del derecho público el concepto de soberanía, son antihistóricos.[77] La evolución histórica de los Estados modernos va íntimamente unida, a partir de la Edad Media, al reconocimiento progresivo de la soberanía, y no se puede desconocer esta evolución y sus resultados sólo porque así convenga a una determinada construcción.

Esto nos muestra, de igual modo, cuáles son los errores de la doctrina de la soberanía, a saber: la confusión de la soberanía del órgano con la del Estado, y el acudir al contenido positivo del poder del Estado para rellenar con él el concepto negativo de la soberanía.[78] Estos errores habrán de evitarse cuidadosamente, y de esta suerte iremos por el camino recto.

Finalmente, la convicción de que la soberanía no es una categoría absoluta, sino histórica, es un resultado de la mayor importancia para poder decidir la cuestión de si constituye o no una nota esencial del Estado.

De estos resultados deben deducirse las siguientes doctrinas:

a) El carácter formal de la soberanía

La evolución histórica de la soberanía nos demuestra que ésta significó la negación de toda subordinación o limitación del Estado por cualquier otro poder. Poder soberano de un Estado es, por tanto, aquel que no reconoce ningún otro superior a sí; es, por consiguiente, el poder supremo e independiente. Esta última nota se manifiesta predominantemente en su vida exterior, esto es, en la relación del Estado soberano con otros poderes, en tanto que la primera cualidad se echa de ver, singularmente, consi-

3ª ed., 1897, p. 9. *"La souveraineté externe est l'affirmation de l'existence propre et autonome de l'État au regard des autres États; la souveraineté interne est l'affirmation de l'être collectif au regard des particuliers."*

[76] Véase mi obra *Lehre von der Staatenverbindungen*, pp. 16 ss.

[77] Preuss, *Gemeinde*, pp. 92 ss.; Affolter, *Allg. Staatsrechts*, p. 11; Kliemke, *Die Staatsrechtliche Natur und Stellung des Bundesrats*, 1894, p. 28, núm. 2.

[78] Rehm, *Staatslehre*, p. 63, quiere mantener el uso de la palabra soberanía para expresar el poder del Estado como soberanía, en un sentido de derecho público, o como la soberanía en lo interior. Mas esta opinión debe rechazarse. Nosotros, los alemanes, tenemos la fortuna de unir a la expresión poder del Estado *(Staatsgewalt)* un concepto firme y seguro, mientras que los latinos e ingleses han de valerse para expresar esto mismo de la palabra oscura y dada a confusión de soberanía, y no hay la menor razón para imitarles a estos últimos. Para aumentar aún más la confusión, habla Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 114, de la función soberana de la legislación, con lo cual nos encontramos una cuarta clase de soberanía.

derándolo en su vida interior, en su relación con las personalidades que encierra dentro de sí. Ambas notas van inseparablemente enlazadas.[79]

Pero la doctrina de la soberanía tiene una tercera nota derivada del carácter de la soberanía misma. Ella debe designar un poder ilimitado e ilimitable que habría de ser absoluto, ya que nadie podría limitarlo, ni siquiera ella misma. La autolimitación es, según la teoría del derecho natural (teoría que para muchos es la dominante en este punto), inseparable del carácter de la soberanía. Si hay, pues, limitaciones para el Estado, estas limitaciones serán siempre reales o morales, pero jamás de naturaleza jurídica.[80]

Para resolver este importante punto es preciso, ante todo, tener presente que la soberanía es un concepto jurídico, y que así ha sido considerado incluso por la escuela del derecho natural. La independencia del poder del Estado de toda otra actividad siempre se ha considerado como una independencia jurídica, pero no como una independencia real. También los absolutistas han considerado el poder absoluto del príncipe o del monarca como un poder jurídico no limitable mediante leyes. De este modo hace nacer Hobbes, por obra del contrato que sirve de fundamento al Estado, el poder jurídico ilimitado del soberano, y de este modo somete Rousseau al individuo a la autoridad ilimitada creadora del derecho, a *la volonté générale.* El derecho natural consideraba superfluo demostrar que el Estado era un poder real; más bien creía que había que mostrar el fundamento jurídico y la legitimidad del poder existente.

Arguye, pues, desconocimiento de la evolución histórica de la doctrina de la soberanía el considerar al poder soberano como situado sobre el derecho. Hay que revisar el carácter jurídico del concepto de soberanía, pues la repulsa de que han sido objeto las construcciones del derecho natural hace precisa una nueva fundamentación de aquel concepto, acorde

[79] Cuando se habla de soberanía de derecho internacional y soberanía de derecho público, lo que con esto se indica no son sino dos direcciones del poder soberano, que es uno en sí mismo. Véase mi *Lehre von der Staatenverbindungen,* pp. 22 ss. Coincide con mi parecer, Borel, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif,* 1886, p. 30; Brunialti, *Unioni e combinazioni fra gli stati,* 1891, p. xx; Le Fur, *État fédéral et confédération d'États,* 1896, p. 444; Von Stengel, *Schmollers Jahrbuch,* 1898, pp. 769, 778, 785. Véase además Haenel, *Staatsrecht,* I, p. 118; G. Meyer, p. 22; Rehm, *Staatslehre,* pp. 63 ss., deduce de su concepción que la soberanía no es sino un poder territorial laico e independiente con un valor de derecho internacional al que se opone la soberanía de derecho público, o sea, el poder del Estado como concepto de derecho público; pero esta separación de los elementos históricos que siempre han ido unidos al concepto de soberanía, la hace Rehm para favorecer su tríada terminológica. ¿Cómo, por otra parte, comprender, según esta doctrina, la soberanía de derecho público de aquellos Estados que son a su vez soberanos desde el punto de vista del derecho internacional? Necesariamente soberanía se usa aquí como un superlativo y, por tanto, debe distinguirse de la soberanía interior meramente relativa de los Estados no soberanos.

[80] Véase G. Meyer, *op. cit.,* p. 22.

con nuestras concepciones más depuradas del derecho. Para el derecho natural era fácil la calificación de la soberanía como algo jurídico, porque partía de la idea de un derecho anterior al Estado. Mas la idea que tenemos nosotros del derecho, según la cual la existencia de éste depende de la existencia de una organización que lo realice, plantea como uno de los problemas más difíciles de la doctrina general del Estado, el de saber si la organización que garantiza el derecho está bajo éste o sobre el mismo.

A primera vista parece que no hay duda de que para el Estado soberano no puede haber limitación jurídica, si se prescinde de la esfera del derecho internacional, que no tiene para qué entrar ahora en consideración. Es aún hoy muy frecuente la creencia de que si el Estado jamás realiza todas sus posibilidades jurídicas, no por esto hay para él algo que le sea imposible jurídicamente.

Esta afirmación abstracta no se ha llevado nunca a su última consecuencia práctica. Si el Estado jurídicamente lo puede todo, podrá también suprimir el orden jurídico mismo, introducir la anarquía y hacerse a sí mismo imposible, y si un pensamiento de esta naturaleza ha de desecharse, se sigue de aquí que el Estado encuentra una limitación jurídica en la existencia de un orden determinado. Puede, ciertamente, elegir el Estado la constitución que ha de tener, pero habrá de tener necesariamente alguna. La anarquía es una posibilidad en el terreno de los hechos, pero no una posibilidad en el reino del derecho.

La propia anarquía de hecho sólo es posible como una situación transitoria. Los golpes de Estado y las revoluciones de la historia moderna jamás han anulado la totalidad de la situación jurídica, y la continuidad del derecho no se ha roto mediante aquellos movimientos, sino en algunos puntos, siquiera sean muy importantes. Aun en las propias luchas de los más altos poderes políticos para dar una forma nueva a las relaciones de la autoridad, sólo se ha llegado a una limitación o suspensión temporal de algunas partes concretas del orden jurídico, pero jamás de su total desaparición.

Es, pues, esencial al Estado el poseer un orden jurídico, con lo cual se niega, por tanto, la doctrina del poder absoluto e ilimitado del Estado. No se encuentra éste sobre el derecho, de suerte que pueda librarse del derecho mismo. Lo que depende de su poder no es el saber *si* el orden jurídico debe existir, sino sólo el *cómo* ha de organizarse.

Hemos expuesto anteriormente la relación posible del Estado con el derecho, desde el punto de vista de la psicología social y la realidad de esta relación. De lo que ahora hemos de tratar es de fundamentar jurídicamente esta relación.[81]

[81] La fundamentación que ofrece Haenel, *Staatsrecht*, I, pp. 114 ss., del sometimiento del Estado al orden jurídico, no es de naturaleza jurídica. Al considerar el derecho como

Todo derecho tiene este carácter, porque obliga, no sólo a los súbditos, sino también al poder del Estado. "Derecho en el pleno sentido de la palabra es, por consiguiente, la fuerza de las leyes uniendo bilateralmente; es el propio sometimiento del poder del Estado a las leyes que él mismo dictara."[82] Al promulgar el Estado una ley, no sólo obliga esta ley a los individuos, sino que también queda obligada jurídicamente la propia actividad del Estado al cumplimiento de esta norma. El Estado, mediante la ley, requiere a las personas que le sirven como órganos para que hagan concordar su voluntad de tales con lo que la ley dicta, y como la voluntad del órgano es voluntad del Estado, obligase éste a sí mismo al quedar obligados sus órganos. Él es una unidad; por esto el sometimiento de la administración y de los tribunales de justicia a la ley es un hecho que tiene lugar dentro de la unidad del poder del Estado. Este sometimiento no es de índole moral, sino de naturaleza jurídica: todas las garantías del derecho público conducen, en primer lugar, a asegurar el sometimiento del poder del Estado a las normas fijadas por él.

Tal obligación formal es también posible en relación con la actividad creadora del derecho.[83] Esto se hace perfectamente claro cuando existen órganos distintos para las leyes simples y para las leyes constitucionales, como sucede especialmente en los Estados Unidos, donde no sólo se ofrecen garantías para que las leyes ordinarias no rebasen sus límites y caigan en lo que es propio de las leyes constitucionales, sino que en muchos estados se llega a prohibir durante un periodo determinado todo cambio en la Constitución.[84] En último caso, no hay posibilidad jurídica alguna dentro de este plazo para poner en movimiento al legislador constitucional. Aún hoy existe un gran número de Estados particulares de la Unión en los que se dificulta las modificaciones de la Constitución mediante formalidades que hacen necesario el que transcurran varios años antes de que pueda alcanzar fuerza de ley una *amendment* (enmienda);[85] pero, entre tanto, no hay duda de que no existe un *legibus absoluta potestas* en lo que toca a la legislación.

aquel orden de fenómenos que son necesarios al Estado, no soluciona de ningún modo, la cuestión relativa a saber cómo esta necesidad objetiva conduce a un sometimiento subjetivo del Estado.

[82] Ihering, *Zweck im Recht*, I, p. 358.

[83] Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 261 ss.

[84] Véase, por ejemplo, el cap. VI, art. 10 de la Constitución de 1780 de Massachusetts, en la que queda prohibida toda revisión antes de 1795; Poose, *The Federal and State Constitutions*, Washington, 1877, I, p. 972.

[85] En muchos Estados la *amendment* necesita pasar por dos legislaturas, y después ser sometida a votación popular. La duración de una legislatura es, por lo común, de dos años. La Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791 prohibía la revisión durante un cierto tiempo, y exigía para una revisión posterior, tít. VII, arts. 1° al 5°, la conformidad de tres legislaturas sucesivas y la revisión definitiva después, por una cuarta; de modo que eran precisos más de seis años para poner en vigor una modificación. La Constitución del Directorio

Pero no sólo en lo interior, sino también en lo exterior, se reconoce el Estado que vive en la comunidad internacional de los Estados, como obligado por el derecho internacional, sin que por ello se halle sometido a un poder superior. Si el derecho lo forman normas que parten de una autoridad exterior, que están garantidas por medios igualmente exteriores y que se refieren a las relaciones mutuas de las personas, entonces esta definición conviene perfectamente con el contenido del derecho internacional. Aun en éste, el Estado no está sometido jurídicamente, sino a su propia voluntad. Pero las garantías en el derecho internacional, como en el derecho político, no descansan exclusivamente sobre la voluntad del Estado. Para que haya derecho, sólo es necesario que existan garantías que den validez a este derecho, pero no es preciso que éstas procedan de la voluntad del Estado.

Éste es el único camino posible para poder dar un fundamento jurídico al derecho internacional. No hay duda alguna de que no es el Estado particular el que está en condiciones de crear el contenido de las normas del derecho internacional, sino que este contenido se desarrolla y afirma independientemente del Estado, como exigencias de las relaciones internacionales y como convicción y deseo de pueblos y estadistas. Todos los ensayos por hacer nacer la validez del derecho internacional de una fuente de derecho que esté sobre los Estados serán, cuantas veces se intenten, otros tantos fracasos.[86] Desde el punto de vista formal, el derecho no puede ser derivado sino de relaciones de voluntad; actos voluntarios convertidos en obligatorios por otros actos voluntarios. El Estado es

exigía un plazo de nueve años para ser cambiada (art. 336). La Constitución griega del 16 de noviembre de 1864 prohíbe la revisión total, y en un plazo de 10 años, toda modificación parcial (artículo 107). Si son o no convenientes estas prescripciones políticas, es ya otra cuestión. En todo caso, son posibles jurídicamente.

[86] Triepel, *op. cit.*, pp. 76 ss., incurre en un error notorio al querer fundar el derecho internacional sobre la voluntad común resultante de la pluralidad de los Estados, pero superior a la de cada uno de éstos en particular, así como cuando pretende sustraerse a la doctrina de la autoobligación del Estado. Toda voluntad una necesita un titular igualmente individual de esta voluntad. Si la voluntad común es una voluntad una, necesita un sujeto igualmente uno, y en este caso no podrá distinguirse de la voluntad de una naturaleza común; con lo cual caemos en la *civitas maxima,* de la que no podemos sustraernos. Pero si, por el contrario, la voluntad común, como afirma Triepel, no es sino la voluntad mutua declarada por los Estados, entonces es preciso concebir las voluntades particulares como formando parte de la voluntad común; con lo cual resulta que la voluntad particular es el fundamento formal último de la fuerza obligatoria de los principios del derecho internacional. No hay descubrimiento jurídico posible capaz de sustraerse a esta disyuntiva: o el fundamento jurídico de una obligación está constituido por la voluntad propia o por una voluntad extraña. Por tanto, o la voluntad común de los Estados es la propia voluntad de cada uno de ellos, o corresponde a una voluntad extraña a él, en cuyo caso, si ha de estar dotada de fuerza obligatoria para él, quiere decir que es voluntad de un superior. Si se rechaza la *civitas maxima* y se afirma que el Estado se obliga por propia voluntad, mediante el contrato o la unión *(Vereinbarung),* entonces nace de nuevo el problema fundamental: ¿cómo puede una voluntad obligarse a sí misma?

miembro de la comunidad de los Estados, y si fuera la voluntad de ésta el derecho, necesitaría ser ella una comunidad y poseer una voluntad que estuviese sobre los Estados particulares, con lo cual la antigua concepción de la *civitas maxima* no habría hecho sino tomar una nueva forma,[87] y todo el proceso histórico que ha conducido al reconocimiento de la soberanía aparecería negado.

En la época en que se elaboró el concepto de soberanía, sólo parecía posible una obligación si revestía la forma de ordenación de un superior a un subordinado. Las concepciones éticas dominantes revestían un carácter heterónomo; mas el progreso poderoso de que ha sido objeto el conocimiento ético desde Kant —cualquiera que sea la formulación de los principios éticos que los pensadores hayan hecho— consiste en el reconocimiento de la moralidad autónoma como la forma más elevada del *ethos*. Cualquiera que sea el contenido de las obligaciones, sólo es plenamente moral la acción a la que nos sentimos nosotros mismos obligados en fuerza de nuestra naturaleza, no en virtud de una norma que ha sido puesta por otro. La autonomía de la razón la hallaban tan imposible los políticos y escritores de la escuela del derecho natural de la época anterior a Kant, como la autoobligatoriedad del Estado respecto de sus leyes.

El concepto del deber es un concepto de unidad; el deber de derecho y el deber moral, aunque se diferencian grandemente uno de otro, concuerdan en ser ambos deberes. Las modificaciones en las teorías éticas de los deberes ha de conducir, por consiguiente, de un modo necesario, a la modificación de los deberes jurídicos.

En el concepto de la autoobligación del Estado no existe contradicción, como no existe en el de la autonomía moral. La autoobligatoriedad es exigida por las convicciones jurídicas dominantes, con lo cual, junto al carácter subjetivo de todo criterio acerca del derecho, existe también el carácter jurídico de la obligación que el Estado se impone a sí mismo.

Sólo sobre la base de este conocimiento se hace posible desterrar del concepto de la soberanía la errónea concepción de su carácter ilimitable y transformarlo en un concepto jurídico que corresponda a nuestras actuales concepciones del derecho. Únicamente esta transformación es capaz de suministrarle un contenido positivo y de sacarlo del círculo de las negaciones en que por tanto tiempo ha vivido. Soberanía no indica ilimitabilidad, sino tan sólo facultad de determinarse por sí mismo exclusivamente, y por tanto, la autolimitación del poder del Estado, no obligado jurídicamente por poderes extraños para instituir un orden dado sobre la base del cual solamente la actividad del Estado adquiere un carácter jurídico. Expresada en una fórmula breve significa, por tanto, la soberanía,

[87] A esta concepción conduce en la nueva literatura las investigaciones de Beling: *Die straftrechtliche Bedeutung der Extraterritorialität*, 1896; pp. 9 ss.

la propiedad del poder de un Estado, en virtud de la cual corresponde exclusivamente a éste la capacidad de determinarse jurídicamente y de obligarse a sí mismo.[88]

La soberanía aparece, pues, para el Estado moderno con una doble dirección; en su origen, negativo; éste fue originariamente el único que se le reconoció y significa la imposibilidad de limitar jurídicamente la propia voluntad, mediante un poder extraño, sea o no este poder el de un Estado.

Las limitaciones de hecho del poder soberano del Estado son posibles sin duda, pero estas limitaciones no tendrán un carácter jurídico por propia voluntad. Según el aspecto positivo, consiste la soberanía en la capacidad exclusiva que tiene el poder del Estado de darse, en virtud de su voluntad soberana, un contenido que la obligue, y en la de determinar en todas las direcciones su propio orden jurídico. Al decir que el poder soberano no tiene límites, se quiere indicar con ello que ningún otro poder puede impedir jurídicamente el modificar su propio orden jurídico.

El poder soberano no es, pues, todo el poder del Estado, sino que es un poder jurídico, y, por consiguiente, está obligado respecto del derecho. No tolera restricción jurídica alguna absoluta; puede el Estado sustraerse a toda limitación que se imponga a sí mismo, pero sólo creando en forma de derecho, nuevas limitaciones. Lo que hay, pues, de permanente, no son las limitaciones consideradas aisladamente, sino la limitación en sí misma, y así como no existe el Estado absolutamente limitado, tampoco existe jurídicamente el Estado soberano y absolutamente sin límites.

Esta nota de la soberanía es puramente formal y no dice nada acerca del contenido de la limitación que el Estado se pone a sí mismo, ni respecto a cómo se van determinando estas limitaciones. Acerca de ello, no pueden explicarnos nada las concepciones formalistas del derecho. Esta nota de la soberanía a que venimos refiriéndonos, considerada en su aspecto práctico, no significa sino un concepto jurídico auxiliar, mediante el cual nos es posible comprender los hechos jurídicos, así como que todo lo querido en forma jurídica por el Estado llega a alcanzar fuerza de derecho. De ningún modo se quiere afirmar con esto que el poder del Estado sea por principio ilimitado e ilimitable.

El derecho sólo indica en cada ocasión la situación actual del Estado, pero no queda dentro de su esfera el mostrar las posibles ampliaciones que pueda alcanzar la competencia de éste. De otra manera se llegaría al

[88] Véanse sobre estas cuestiones mis publicaciones anteriores: *Lehre von der Staatenverbindungen*, pp. 30 ss., y *Gesetz und Verordnung*, pp. 196 ss. De la literatura moderna véase Le Fur, p. 443: *"La souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté dans les limites du principe superieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser"*.

aniquilamiento de las personas que forman parte del Estado, porque la omnipotencia de éste sólo puede existir a costa de las libertades individuales. Si la soberanía hubiera de significar que todas las posibilidades de ampliar la competencia del Estado corresponden a la esfera actual del Estado, entonces todos seríamos esclavos de éste y sólo gozaríamos de un insignificante patrimonio de capacidad jurídica concedido por él a título de precario.[89]

Ésta era, en efecto, la concepción de los absolutistas, para quienes la misma propiedad sólo correspondía al individuo en cuanto así lo determinaba el Estado.[90] La doctrina del príncipe absoluto fue traducida por Rousseau en la de la ilimitación de la voluntad popular.[91] Mas la mera posibilidad abstracta de poseer un derecho de soberanía no ejerce el menor influjo sobre las personalidades que viven en el Estado, bien sean éstas individuos o asociaciones. Ellas tienen su derecho propio, que no poseen por una licencia ni por una gracia del Estado soberano, ni como algo que les hubiese sido delegado, sino en fuerza del reconocimiento de su carácter de titulares del mismo, esto es, como personas, cualidad que queda completamente fuera del círculo del poder real del Estado el podérsela sustraer.

Se necesita, pues, un acto como de ocupación, esto es, un acto que fundamente un nuevo derecho, siempre que el Estado trate de añadir a su competencia actual un nuevo dominio. La soberanía no otorga al Estado otros derechos posibles de soberanía que los que en un momento dado se ha atribuido realmente a sí mismo. La definición que hace soberanía equivalente —teniendo en cuenta su competencia— a poder jurídico ilimitado del Estado[92] sólo contiene una representación auxiliar a fin de justificar la legalidad de los actos del Estado que se refieren a la ampliación de su competencia. El considerar, sin hacer salvedad alguna, soberanía y pleno poder jurídico sobre las cuestiones de compe-

[89] Véase Seydel, "Der Bundesstaatsbegriff" en *Staatssechtliche und Politische Abhandlungen*, 1893, p. 8, en que dice: "El propietario no tiene ningún derecho a la cosa, y el que es soberano no tiene ningún derecho de soberanía; pero en ambos casos le basta el mero poder. Es preciso que pueda ejercitar todas las facultades de que es susceptible, pero no es necesario que las ejercite"; con lo cual, toda la libertad individual queda reducida a una concesión graciosa del Estado. De igual modo piensa Herzfelder, *Gewalt und Recht*, 1890, p. 139.

[90] Hobbes, *De cive*, VI, 14: *"Non autem propium jus habere quicquam, in quod non habeat jus ille qui habet summum imperium"*.

[91] *Contrat social*, I, 9: *"L'État à l'égard de ses membres, est maître de tous leurs biens par le contrat social, qui dans l'État sert de base à tous les droits"*.

[92] Representa esta opinión especialmente Haenel, *Studien*, I, p. 149, y a ella se han unido muchos otros. Véanse las observaciones a esta doctrina en G. Meyer, p. 20, núm. 12, en la que estoy yo incluido; sin embargo, en mi obra *Lehre von der Staatenverbindungen*, p. 28, he consignado ya que la doctrina de Haenel la considero exacta si se hacen ciertas salvedades; salvedades que no son sino consecuencia de las propias observaciones del mismo Haenel en su obra *Staatsrechts*, I, pp. 114-115 y 197.

tencia, equivalentes, es inexacto. La ampliación de la competencia del Estado encuentra siempre su límite en el reconocimiento de la personalidad individual. Mediante el reconocimiento del derecho internacional y en virtud de este reconocimiento mismo, oblígase el Estado a actos que limitan su poder jurídico, sin que le sea posible desprenderse jurídicamente de tales obligaciones mediante una resolución tomada por sí; es más, aun en su vida interior, hay casos en que las modificaciones de la Constitución no pueden alterar un principio jurídico que está en vigor. Así, por ejemplo, la ley francesa del 14 de agosto de 1884 prohíbe que sea objeto de una proposición de revisión constitucional la forma de gobierno republicano.[93] Este principio puede suprimirse por un acto de fuerza, pero no por un acto de derecho. Además, hay casos en que es tan indudable la imposibilidad política de cambiar el derecho, que pueden ser incluidos en los que acabamos de mencionar; pues lo imposible de hecho, no puede nunca construirse como posible jurídicamente. En esta situación se encuentra, por ejemplo, la prohibición del *bill of attainder* en la Constitución de los Estados Unidos. Justamente en estos casos de imposibilidad política es cuando se reconoce que el "poder jurídico acerca de la competencia" sólo tiene el valor de un concepto auxiliar.

b) Soberanía y poder del Estado

Todos los intentos por llegar a precisar el contenido concreto de la soberanía nacen de la confusión entre el poder del Estado y aquélla y, por consiguiente, de una inversión de la situación real de las cosas. Las funciones de dominación llevadas a cabo por el Estado, funciones que varían con las situaciones históricas, son consideradas como consecuencias necesarias de la soberanía. Por el hecho de que el poder del Estado ejercite las funciones de legislación, justicia, derecho de gracia, nombramiento de funcionarios, acuñación de moneda, etc., se les concibe como parte esencial de la soberanía, siendo así que la investigación histórica prueba que estas funciones a menudo tienen un origen enteramente distinto, y no se demuestra que sólo correspondan al Estado.

Del concepto de soberanía que es de naturaleza puramente formal, no puede deducirse en modo alguno nada respecto del contenido del poder del Estado. La situación de éste cambia con la historia, y todo contenido

[93] Artículo v. *"La forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une proposition de revision"*, Duguit-Monnier, p. 338. Véase también Pierre, *Traité de droit politique électoral, parlementaire*, 2ª ed., 1902, pp. 14 ss.; Von Herrnrit, *Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung*, 1901, pp. 5 ss., atribuye a esta disposición un valor precario a causa de lo débil de su garantía, pero nunca podrá negarse su carácter jurídico.

positivo del poder del mismo, sólo puede fijarse en cada época y para cada Estado mediante una investigación histórica, aun cuando en cada época la situación de aquellos Estados que se encuentran en el mismo plano de cultura sea bastante aproximada y caiga dentro del mismo tipo. No hay duda de que el Estado posee siempre determinado orden de atribuciones; pero aun en el campo de estas atribuciones constantes varía sin cesar el modo y la extensión de la competencia del Estado. En el siglo XIX, singularmente, se han extendido las atribuciones de aquél de una manera extraordinaria. Todos los tribunales han sido declarados tribunales del Estado; se han eliminado los restos que quedaban del poder feudal de policía; la enseñanza se ha sometido a su dirección y alta inspección; la actividad administrativa de la Iglesia, en lo que respecta a la situación de las personas, se ha tomado por el Estado; la legislación del trabajo, los servicios de vacunación, de epizootia, policía de costas, patentes de invención, ferrocarriles, etc., forman todos ellos nuevos órdenes de la actividad administrativa del Estado. Sin embargo, la soberanía de éste no ha experimentado por ello modificación alguna, no ha aumentado en nada, y de otra parte, mediante el reconocimiento de la libertad individual, han desaparecido derechos de dominación que antes existían, sin que por esto tampoco haya sufrido mengua la soberanía.

Así, pues, del hecho de que un Estado no ejerza su actividad en determinadas direcciones y de que no posea determinados derechos de dominación no se puede sacar consecuencia alguna respecto de la esencia de su poder. Qué actividad ha menester el poder del Estado para ser soberano, es una cuestión a la que no se puede contestar.

Por consiguiente, cuando en dos Estados unidos entre sí se atribuye cada cual a sí mismo sólo una determinada parte de la competencia, que hoy, por lo común, posee reunido el Estado unitario, no puede decirse por ello, en modo alguno, que exista una división ni de la soberanía ni del poder del Estado; lo que existe aquí más bien son dos poderes de Estados separados, cuya competencia está limitada jurídicamente, sin que ambos reunidos representen el poder total del Estado. Mas esto nos conduce a la tercera cuestión que ha de ser aclarada, a saber: si la soberanía es una nota esencial al poder del Estado y, por tanto, si Estado y Estado soberano son conceptos idénticos.

c) La soberanía no es nota esencial del poder del Estado

La doctrina del derecho natural afirmaba que el tipo normal de Estado era aquel cuyo poder poseyese la nota esencial de la soberanía. Y este tipo es considerado aún hoy por muchos como el único que corresponde al

derecho.[94] Es indudable que en el Estado existen grupos relativamente independientes que ejercitan el imperio, pero la cuestión a discutir consiste en ver si la asociación que vive dentro de otra superior, por tanto, subordinada a ella en una cierta medida, pero dotada no obstante de poder de mando, puede adquirir o conservar, a pesar de esta subordinación, el carácter de Estado. Esta cuestión, aun cuando antigua, ha alcanzado modernamente gran importancia a causa de la fundación de los modernos Estados federales y de las teorías sobre los mismos. Bajo el influjo de las doctrinas que venían dominando y que consideraban necesario al Estado el concepto de soberanía, aparece la teoría de la división de ésta en los Estados confederados. Partiendo otros de la indivisibilidad de la soberanía, o bien han negado la posibilidad de la confederación de Estados o no han reconocido al Estado miembro de esta confederación el carácter de tal Estado, con lo cual han renunciado a comprender la singularidad de los ejemplos más importantes de Estados que ofrece la actualidad. Muchas de las consecuencias que se siguen de la negación de la posibilidad de Estados no soberanos, se deben a los resultados misérrimos de una concepción abstracta de los conceptos de la jurisprudencia, concepción que desdeña completamente la vida.

Esta debatida cuestión sólo puede alcanzar una solución definitiva si se reconoce que la soberanía no es una categoría absoluta, sino una categoría histórica.[95] La exposición de los orígenes de la soberanía muestra de un modo incontestable que Estados de otros tiempos, que hoy consideramos soberanos, no tuvieron realmente este carácter de soberanos. En la época en que la Iglesia instituía y deponía a los reyes, proclamaba la tregua de Dios, y sin consideración de los límites del Estado ejercitaba su derecho valiéndose de tribunales propios, constituía un poder superior al del Estado. Por floja que fuese la asociación formada por el Sacro Imperio Romano, contenía, en sí, no obstante, Estados que aun cuando sólo fuese nominalmente, reconocían la superioridad del emperador. En lo

[94] Véase, por ejemplo, Seydel, principalmente, *Abhandlungen*, p. 6; Zorn, I, p. 63; Haenel, *Staatsrecht*, I, pp. 113 y 798; Bornhak, *op. cit.*, p. 9; Le Fur, pp. 354 ss.; Combothecra, pp. 155 ss.; Esmein, p. 6. La literatura del derecho público en los Estado unitarios extranjeros, referente a la unidad del Estado, no tiene por lo común ocasión de comprobar si es realmente el dogma de la soberanía esencial al concepto del Estado. Pero es interesante mostrar que en estos últimos tiempos se ha señalado como muy digna de hacerse notar en la doctrina del derecho público, una corriente americana que se inclina a negar a los estados particulares de la Unión su carácter de Estados, a causa de la falta de soberanía. Se ha suscitado una polémica muy viva, si bien no muy profunda, contra mis afirmaciones. Véase Willoughby, pp. 246 ss., y también Burgess, en oposición contra Laband. (Véase la extensa cita de Willoughby, p. 245.) Por el contrario, ha aceptado mi punto de vista W. Wilson, *An old Master and other Essays*, Nueva York, 1893, pp. 93 ss.

[95] Cuando Seidler impugna esto de un modo dialéctico, muestra con ello un dogmatismo antihistórico. (*Jur. Kriterium*, p. 78.) El mismo Seidler no puede hacer coincidir completamente el Estado de la Edad Media con su concepto social del Estado. (Véase la p. 47.)

interior, el Estado encontraba una limitación insuperable en el derecho de los poderes subordinados, derechos que entorpecían la libertad de movimiento peculiar del Estado soberano. *El Estado de la Edad Media no era aún soberano*, pero ya era Estado. Los intentos de los escritores de la Iglesia, por considerar los Estados particulares como provincia del imperio romano, no son sino expresiones muy comunes en esta época, que se servía de ideas antiguas, superadas ya, y las aplicaba, por lo común, de una manera confusa, a situaciones de su tiempo.

Pero aun prescindiendo de la limitación general del Estado en la vida del mundo medieval, resulta imposible llegar a comprender, mediante el concepto de soberanía, las relaciones del Estado en la Edad Media. Muchos Estados poderosos se encontraban en una relación de feudalidad con respecto a otros. Las ciudades que no niegan su sometimiento se unen a su vez, no obstante, con otras para formar uniones vigorosas de carácter internacional. Las ciudades de la Hansa ni unidas ni separadas son soberanas. Desde el punto de vista de la concepción moderna del Estado, parecen cumplir mejor los problemas que corresponden a una comunidad estatista, que los reinos que las comprenden. Pretender insertar la pluralidad de asociaciones autónomas del mundo medieval dentro del concepto moderno de asociaciones municipales sería trasladar de un modo contrario a la historia nuestras concepciones actuales a un mundo del Estado que existió sometido a condiciones completamente distintas.

Ni aun el mundo político en la época de Bodino y de sus discípulos sería comprensible mediante el concepto de soberanía. El propio Bodino necesita admitir diferentes modificaciones en la soberanía,[96] y Loyseau, en su obra fundamental *Traité des seigneuries*, afirma igualmente la identidad del Estado y la soberanía; pero necesita, sin embargo, reconocer la existencia de *princes subjects* con derechos de soberanía,[97] y además, que la protección, el tributo y las relaciones feudales *"rabaissent et diminuent le lustre de l'État souverain, qui sans doute n'est pas si pur, si souverain et si maiestatif (s'il faut ainsi dire) quand il est subject á ces charges"*.[98] Escritores posteriores de la escuela del derecho natural, que se han ocupado del mundo real de los Estados, han dado nombres distintos a los Estados no soberanos cuya existencia han afirmado.[99] Los publicistas alemanes son, especialmente, los que han considerado en las últimas épocas del imperio el carácter estatista de los Estados particulares; pero tampoco a la literatura del derecho internacional le es posible, con este

[96] *De Rep.*, I, 9, pp. 169 ss.

[97] Esto no obstante, continúan siendo soberanos los príncipes que mandan en tales Estados; p. 24.

[98] *Op. cit.*, pp. 31 ss.

[99] Véase *Lehre von der Staatenverbindungen*, pp. 38 ss. Gierke, *Althusius*, pp. 248 ss. (especialmente Nettelbladt).

concepto de soberanía, abarcar la totalidad de los sujetos jurídicos de la vida internacional, por lo cual se ve constreñida a formar una categoría especial de Estados sin soberanía, para los que, desde J. J. Moser, bajo el influjo de la doctrina de la soberanía personal y real,[100] se viene usando, incluso en el lenguaje diplomático, la expresión equívoca y llena de contradicciones de Estados semisoberanos.

Por consiguiente, la soberanía no ha sido nota esencial ni de los Estados de la Edad Media ni de aquéllos de la época del florecimiento del dogma del derecho natural sobre la identidad entre Estado y poder soberano. Tampoco puede establecerse actualmente esta equivalencia, a causa de la situación real de los Estados. El mundo político contemporáneo nos presenta formaciones que cumplen el objetivo de la vida del Estado mediante organización y medios políticos propios, y esto no obstante, no son soberanos. A estos hechos histórico-políticos han de referirse todas las concepciones científicas del Estado que quieran explicar la realidad; pero a ésta no se le debe desfigurar.

Hay, pues, dos géneros de Estados: soberanos y no soberanos; mas de aquí surge esta cuestión: ¿cuál es, de una parte, la nota que separa al Estado soberano del que no lo es?, y de otra parte, ¿qué nota diferencia a éstos de la asociación no estatista que vive subordinada al Estado? Esta cuestión se contestará cuando se investigue la siguiente propiedad que tiene el poder del Estado: capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía.

3. La capacidad para organizarse por sí mismo y autonomía[101]

La nota esencial de un Estado es la existencia de un poder del mismo. Este poder no puede derivarse de otro ninguno, sino que tiene que proceder de sí mismo y según su propio derecho. El contenido de este poder

[100] *Beitrage zu dem neuesten europ. Völkerrecht in Friedenszeiten,* I, p. 596. Véase además Boghitchévitch, *Halbsouveränetät,* 1903, pp. 104 ss. Rehm, *Staatslehre,* p. 69, aun cuando niega la divisibilidad de la soberanía entre Estados soberanos y no soberanos, quiere establecer una distinción cuantitativa, teniendo en cuenta el grado de sometimiento; pero no hay necesidad científica alguna de esa distinción.

[101] Sobre las diversas opiniones, véase la polémica de G. Meyer, p. 9, n. 20, con cuya concepción fundamental estoy esencialmente de acuerdo. Acerca de lo que sigue, véase Jellinek, *Über Staatsfragmente* (Sonderabdruck aus der Festgabe der juristischen Facultät der Universität Heidelberg zur Feier des 70 geburtstage Seines Königlichen Hoheit des groszherzogs Friedrich von Baden), 1896, pp. 12 ss. De la literatura moderna, Rosenberg en el *Arch. öff. Recht,* XIV, 1899, pp. 362 ss., y además *Hirths Annalen,* 1905, p. 343, que coincide con mis anteriores observaciones en *Staatsfragmente,* p. 12; Rehm, *Staatslehre,* pp. 28 ss., afirma, como lo había hecho ya Stöber, *Arch. öff. Recht,* I, pp. 638 ss., que la personalidad internacional es la única nota que diferencia al Estado del municipio; pero la personalidad internacional es siempre la consecuencia y no el fundamento de la cualidad de Estado propia de una comunidad, por la cual es preciso poder mostrar una propiedad que la capacite

de dominación es completamente indiferente para su existencia. Allí donde haya una comunidad con un poder originario y medios coercitivos para dominar sobre sus miembros y su territorio, conforme a un orden que le es propio, allí existe un Estado.[102]

El poder del Estado se exterioriza, primero, mediante la existencia de un órgano independiente que provea a las exigencias de este poder. La nota primera, necesaria para distinguir el Estado de las asociaciones que no tienen este carácter, es la existencia de una organización propia y de una división del poder unida a esta organización. Siempre que una comunidad recibe su constitución de otro poder, de suerte que ésta no descanse en la voluntad de la comunidad, sino en la ley emanada de este poder, siempre que esto sucede, decimos, se trata de un miembro de un Estado. Así pues, los Estados miembros del imperio alemán son Estados, porque sólo ellos pueden organizarse basándose en una constitución que es fruto de su propia voluntad, constitución que es ley de ellos mismos, no ley del imperio. Igualmente las constituciones de los cantones suizos y las de los estados particulares de la unión americana son tales constituciones de estados, pues descansan exclusivamente en leyes propias y no en la voluntad del Estado federal. En las leyes del Estado federal pueden establecerse determinadas restricciones, en lo que res-

para ser sujeto del derecho internacional, cualidad que no es otra que el poder de dominación que le corresponde originariamente. Rehm discute una objeción que había hecho ya Laband (I, p. 70) a Stöber, pero no la refuta. Además, destruye su propia definición, puesto que construye Estados sin personalidad, por tanto, sin generalidad internacional. Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 75, describe el Estado soberano como un sujeto superior, dotado de superioridad sobre el territoro, el personal y sus órganos, y al no soberano (p. 86), como una corporación territorial en la que existe una unión dotada de una superioridad relativa sobre el territorio, sobre sus órganos y sobre las personas. Esta concepción no se diferencia de lo que aquí se sostiene, y sólo afirma el hecho, realmente evidente, de que el poder de dominación originario necesita manifestarse en los elementos esenciales del Estado. El concepto de lo relativo usado por Seidler es muy impreciso para que pueda conducirnos a una perfecta claridad; como Seidler opina Rosenberg, *Hirths Annalen*, 1904, pp. 279 ss.

[102] Véanse observaciones más detalladas acerca de esto en *Staatsfragmente*, pp. 11 ss. Esta solución, como después habremos de afirmar, es acplicable a los Estados actuales. Si es o no posible, basándonos en las relaciones de la Edad Media, trazar una línea que separe abiertamente Estado y municipio, es cuestión completamente indiferente para nuestro problema, porque no es posible lograr un concepto común de derecho público en que puedan caber fenómenos que están tan distantes de nuestra época. Quien pretenda comparar la horda o la familia primitiva, la *polis* griega, las comunidades de razas africana y polinesia, con la Edad Media germana y con los Estados civilizados actuales, no obtendría de estas comparaciones sino un concepto social de comunidad desprovisto de color y vacío de contenido, pero jamás una concepción jurídica concreta. La soberanía, por ejemplo, y la personalidad internacional son conceptos que corresponden puramente a la época moderna, pero no pueden servir para construir el mundo de los Estados antiguos ni de la Edad Media. Lo propio ocurre con nuestras ideas acerca de la corporación; no son ideas aplicables a las comunidades de los pueblos salvajes actuales. Si se llega a generalizar la concepción dinámica de la naturaleza del Estado, desaparecerá un gran número de controversias, inútiles para el derecho moderno.

pecta a las constituciones de los estados miembros, por ejemplo, prohibición de otra forma de gobierno que no sea la republicana en los cantones suizos y en los Estados Unidos, pero no obstante, las constituciones continúan siendo exclusivamente leyes del Estado miembro. Incluso cuando una comunidad ha elaborado su constitución con la cooperación de Estados extranjeros, tiene el carácter de Estado; si es constitución, puede ser considerada *profuturo*, exclusivamente como un acto de voluntad originaria, de suerte que le es posible a la colectividad modificarla sin necesidad de autorización.

Cuando, por el contrario, una asociación con poder de dominación recibe su organización de un Estado extraño a ella como ley de este último, entonces la asociación primera no forma un Estado. Éste es el caso de los municipios cuya constitución descansa en las leyes del Estado, leyes que sólo les conceden, a lo más, en cuestiones secundarias, un poder limitado para organizarse. Mediante este criterio, nos es posible comprender exactamente la naturaleza no estatista de entidades análogas a la del Estado. Por esto, Alsacia-Lorena no es un Estado, ya que su constitución descansa en las leyes del imperio alemán, y no hay una ley constitucional que Alsacia-Lorena se haya dado a sí misma. Por esto mismo, las colonias inglesas, provistas de Carta y dotadas de una extensa autonomía, tales como el Canadá, las colonias del Cabo y Australia, no forman Estados, porque sus constituciones están contenidas en leyes inglesas, en actos del parlamento de la Gran Bretaña, las cuales, jurídicamente, pueden modificarse de nuevo por el parlamento mismo, sin que a la colonia corresponda el derecho a colaborar en tales modificaciones constitucionales.[103] Dentro de las limitaciones que les imponen las leyes inglesas, las colonias pueden organizarse libremente; pero al proceder a esta organización, se encuentran con que no poseen un *imperium* originario, sino prestado, el cual usan como las asociaciones municipales en los Estados centralizados. Cada uno de los reinos austriacos tiene una constitución particular que se ha considerado como la ley fundamental del Estado, la cual ha sido dada por el emperador y no por el soberano de los países particulares, y sólo puede cambiarse mediante la sanción imperial, por todo lo cual, le falta el carácter de Estado.

Por consiguiente, para caracterizar una nación como Estado, es menester que el órgano supremo que pone en movimiento la actividad de la asociación sea independiente; esto es, que no coincida jurídicamente con el órgano de otro Estado. La identidad de órgano lleva consigo necesariamente la identidad de los Estados.[104] Cuando hay duda acerca de si una

[103] De esta posibilidad jurídica no se hace hoy uso alguno, pero siempre tiene, en caso de conflicto, el parlamento del reino, en su derecho, un arma que no es menos apreciable.

[104] Si Seidler, *Jur. Kriterium*, p. 13, indica con esto la unión personal, obedece su afirma-

comunidad posee o no el derecho propio de darse una constitución, es necesario decidirse por la negativa del carácter estatista en tal comunidad, a menos que pueda probar la comunidad que posee un órgano superior, independiente, capaz de actuar con esta misma independencia. Si se afirmase que las colonias británicas, dentro de las limitaciones que le imponen las leyes dictadas por el parlamento inglés, tienen un carácter estatista, se incurriría en un error, porque ninguna de estas colonias posee un órgano superior e independiente frente a frente de la corona de Inglaterra.

Esta característica que hemos señalado nos permite decidir en casos extremos realmente difíciles. Así, por ejemplo, a Croacia, en relación con Hungría, y Finlandia, en relación con Rusia, les falta el carácter de Estados; porque el rey de Croacia, jurídicamente, es idéntico al de Hungría, y el príncipe de Finlandia es idéntico también al zar de Rusia. No se trata aquí de una unión real, sino de Estados unitarios.[105]

La primera nota que ha de tener un poder de dominación independiente es, por tanto, que su organización descanse sobre leyes propias. Además, necesita poseer todas las funciones materiales y esenciales de un poder del Estado, lo cual a su vez es de nuevo consecuencia de la autoorganización del poder de mando *(Herrschergewalt)*. Ante todo, cada Estado dispone, mediante sus leyes, del poder que le corresponde; pero también su función administrativa y su función de juzgar tienen como base su propia voluntad. A esta propiedad es a la que se le puede llamar autonomía, que no sólo consiste en la capacidad de darse leyes a sí mismo, sino en la de obrar conforme a ella y dentro de los límites que éstas imponen.[106] De este modo se justifica la conclusión de que una comunidad sin leyes, gobierno, ni tribunales propios, no es un Estado. El que le faltase alguno de estos elementos sería un signo suficiente para que no se le hiciese coincidir con el concepto Estado.[107] Un Estado puede ser limitado dentro del círculo de sus funciones, así como en la competencia de sus órganos, sólo que necesitan existir todas aquéllas y todos éstos para que tenga verdadero carácter estatista. Por eso todo Estado no soberano ha de ser susceptible de organizarse bajo una determinada forma de Estado. Wurtemberg y Baden son monarquías; Hamburgo, Berna y Pensilvania son repúblicas; Alsacia-Lorena, por el contrario, no puede incluirse en ninguna

ción a que padece una confusión, incomprensible en un jurista: la de estimar idéntico órgano y titular de un órgano. Véase el cap. XXI de esta misma obra.

[105] Véase una exposición detallada de esto en Jellinek, *Staatsfragmente*, pp. 35-46.

[106] Véase Laband, I, p. 99.

[107] Seidler, *op. cit.*, p. 12, refuta esto, porque considera posible que en el Estado federal toda la función jurisdiccional corresponda al poder central; pero confunde la función formal de los tribunales con la material, propia de la jurisdiccional, la cual no se separa mecánicamente de la legislativa y administrativa. Además, hasta ahora no ha existido jamás un Estado sin jueces, y he aquí por qué es éste, para mí, uno de los casos en que la reflexión acerca de la realidad histórica ha moderado el libre vuelo de la especulación jurídica.

de estas dos categorías fundamentales, porque no tienen ningún órgano superior de mando independiente que sólo a ella corresponda;[108] y tampoco pueden las colonias americanas que tienen constitución ser consideradas como monarquías ni atribuírseles el dictado de república a los territorios norteamericanos organizados.

Los Estados no soberanos de la actualidad poseen, además, un círculo de actividad independiente en todos los órdenes importantes de la administración del Estado. Pueden en distintas cuestiones establecer relaciones con otros Estados;[109] tienen administración, justicia, hacienda y ejército propios, o al menos ciertos derechos respecto del contingente que prestan al ejército de la Unión, pero esto no es de ningún modo necesario, ya que de la existencia o falta de determinados derechos de mando no puede concluirse nunca si existe o no un Estado.

Apoyándonos en las reflexiones que hemos hecho, deducimos que hay un criterio para diferenciar al Estado soberano de aquellas comunidades que no tienen un carácter estatista, a saber: que el primero, al desaparecer el Estado que lo domina, adquiere, *ipso facto,* el carácter de Estado soberano. Sólo necesita, por consiguiente, ampliar la competencia de los órganos que tiene, mediante sus propias leyes, para ejercer, desde el

[108] Esto lo desconoce Seydel —*Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich,* 2ª ed., 1897, p. 39— cuando afirma que Alsacia-Lorena es un Estado, y declara que el soberano de Alemania es el de Alsacia-Lorena. Del propio modo no son aceptables las observaciones de Leoni, *Das Verfassungsrecht von Elsass-Lothringen* I, 1892, pp. 5-6, y Rosenberg, *Die Staatsrechtliche Stellung von Elsass-Lothringen,* 1896, pp. 8 ss. La afirmación de Leoni de que el Káiser es el monarca revocable de la Alsacia-Lorena, denota un desconocimiento de la naturaleza de la monarquía. Modernamente, Rehm, *op. cit.,* pp. 65 ss., ha tratado de demostrar la naturaleza estatista de Alsacia-Lorena. En la p. 78 distingue entre poder del Estado en sentido objetivo y en sentido subjetivo. Un único poder del Estado es susceptible de reunir en sí varios poderes objetivos del Estado de un modo análogo a como el propietario puede tener diversos derechos de propiedad; pero esto no es sino una analogía inadmisible de derecho privado que no puede aplicarse a las relaciones modernas de derecho público. Para atribuir a Alsacia-Lorena el carácter de Estado, es preciso que Rehm forme una categoría de Estados: la de los Estados-objetos (véase t. I, p. 209, n. 1), los cuales, dadas las concepciones fundamentales del derecho público contemporáneo, no son Estados.

[109] Los estados particulares de la Unión norteamericana pueden establecer pactos entre sí (véase el art. 1° de la Constitución, sección 10, 3; Venezuela, art. 149; República argentina, 107; Brasil, 65, 1); México sólo permite pactos para la delimitación de territorios y para coaliciones entre estados vecinos, con objeto de luchar contra las tribus salvajes. La mayor parte de estos estados exigen para tales pactos, la autorización de órganos del Estado general, o bien, como sucede en la Argentina, que se dé conocimiento al congreso. Pero la naturaleza estatista de estos estados particulares sólo se pone en cuestión en cuanto estos pactos son objeto de juicio del derecho internacional. Sobre las disposiciones constitucionales que se refieren a este punto, véase Le Fur, p. 688, nota. Su afirmación de que los contratos deben examinarse según el derecho político y no según el derecho internacional es manifiestamente errónea. La práctica apenas si nos brinda en este punto elementos que consultar. En los Estados Unidos, al menos, no se ha utilizado hasta ahora la cláusula que autoriza a los estados particulares pactar entre sí. Véase *Lehre von der Staatenverbindungen,* p. 49.

punto de vista del derecho público, todas las funciones de un Estado soberano. En virtud de las variaciones en la Constitución, transfórmase un Estado jurídicamente dependiente en un Estado soberano. Algo análogo fue lo que aconteció en 1806, después de la disolución del imperio alemán, pues los derechos del poder imperial, que no habían pertenecido hasta entonces a los príncipes súbditos del imperio, eran otros tantos límites al poder de estos príncipes, han venido a acrecer el poder de los mismos o han desaparecido por completo. Una comunidad que no hubiese sido Estado habría necesitado primeramente, para constituirse en tal, acordar su forma futura de suerte que pudiera reconocérsele este carácter. Así, Bulgaria no tuvo necesidad, una vez liberada de la dominación turca, sino de manifestar simplemente que habían quedado suprimidas las limitaciones que hasta entonces había tenido, conforme a su constitución, para que apareciese, en virtud del acrecentamiento del poder reconocido por el derecho internacional, como un Estado soberano. En cambio, una parte de Estado o una asociación completamente sometida a otro Estado en una situación análoga, habría necesitado, ante todo, para advenir Estado, organizarse como tal; de otra suerte, se hubiese considerado como una anarquía.

Los límites entre Estado soberano y no soberano ya son fáciles de señalar. La soberanía es la capacidad para determinarse de un modo autónomo jurídicamente. De aquí que el Estado soberano es el único que puede, dentro de las limitaciones jurídicas que a sí mismo se haya puesto, ordenar, de una manera plenamente libre, el campo de su actividad. El Estado no soberano, por el contrario, se determina libremente sólo en tanto que la esfera en que lo hace es aquella en que obra como Estado. El determinarse u obligarse por propia voluntad es, por tanto, la característica de todo poder autónomo de dominación. Por esto, el Estado no soberano ostenta un poder de derecho sobre lo que es de su competencia,[110] pero este poder tiene sus límites en el derecho de las comunidades superiores a él. De dos Estados unidos permanentemente, es no soberano, por tanto, aquel que no puede extender por propias leyes su competencia política, encontrando en el orden jurídico del otro Estado un límite para la ampliación de sus facultades, y es soberano aquel Estado que, mediante sus leyes, puede sustraer a la competencia política del otro algunas cuestiones. Cuando la competencia de un Estado superior respecto de otro subor-

[110] Es decir, sobre los límites de su imperio. Se diferencia, pues, el poder jurídico del Estado sobre lo que es de competencia propia, del poder que tienen las comunidades no estatistas, en que, si bien les es dable a éstas cambiar la dirección del poder que les compete sobre determinados objetos, no podrían, en cambio, por sí mismas, ensanchar este poder. Las observaciones de Combothecra, *op. cit.*, pp. 106 ss., obedecen a una falsa comprensión del problema. Este autor quiere atribuir a todo individuo, lo mismo que al Estado, la facultad de determinarse por sí mismo.

dinado se halla fijada de una manera permanente, como ocurría a Turquía con Bulgaria, entonces una limitación de competencia de esta naturaleza sólo puede ser garantida contra un tercero mediante obligaciones de derecho internacional. Si Turquía no podía extender su competencia respecto a Bulgaria, ni ésta respecto de aquélla, era a causa del pacto de Berlín, que no permitía que pudiera cambiarse por acuerdo de una sola de las partes. Allí donde faltan garantías de derecho internacional y se trata, sin embargo, de relaciones de derecho público de esta condición, puede el Estado superior limitar por sus propias leyes la esfera del sometido, como ha tenido lugar en las relaciones de la Puerta con Egipto.[111]

4. Indivisibilidad del poder del Estado

El fundamento de la concepción jurídica del Estado está constituido por el reconocimiento de éste como una unidad; de donde se sigue, como consecuencia necesaria, la doctrina de la indivisibilidad del poder del Estado. Un poder dividido supone el desmenuzamiento del Estado en una variedad de formaciones políticas.

Lo que se dice respecto del poder del Estado vale también, como es natural, para cuanto se refiere al poder soberano del mismo. La soberanía es una propiedad que no es susceptible ni de aumento ni de disminución. Es lógicamente un superlativo que no puede dividirse, sino que sólo tolera junto a sí otros poderes del mismo género. Por esto pueden existir varios Estados soberanos, pero no pueden ser titulares del mismo poder de un Estado. He aquí por qué no hay ninguna soberanía dividida, fragmentaria, disminuida, limitada, relativa.[112]

Esta reflexión abstracta, al igual que otros muchos principios de la doctrina del derecho público, es resultado de una larga experiencia política; la teoría sólo ha hecho formular y justificar de una manera sistemática *a posteriori*, lo que la realidad histórica nos ha enseñado de cien maneras.

La doctrina de la divisibilidad del poder del Estado ha sido expuesta dos veces en vista de los fines políticos. La primera, para fundamentar el Estado constitucional; la segunda, para construir el Estado federal. Aquélla es una teoría nacional determinada por su origen para crear un tipo ideal de Estado; ésta, indica un primer ensayo para comprender una

[111] Véase *Lehre von der Staatenverbindungen*, p. 151.

[112] De entre la literatura moderna, véase acerca de esta cuestión Le Fur, pp. 477 ss.; Rehm, *Staatslehre*, pp. 63 ss. Von Stengel, *Schmollers Jahrbuch*, 1898, p. 785, construye una soberanía relativa al dar una forma nueva a la equivalencia entre poder del Estado y soberanía. Véase también las acertadas observaciones de G. Meyer, p. 6, n. 6.

nueva formacion política, que no era posible que cupiese en las antiguas categorías.

Ambas doctrinas descansan en la vieja confusión de los conceptos poder del Estado y soberanía. En verdad, de lo que se trata con este problema es de saber si el poder del Estado, considerado como contenido de la soberanía, es o no divisible.

La primera teoría se mueve en el campo de aquel orden de ideas en que aparecen identificadas la soberanía del Estado y la soberanía del órgano. La segunda, por el contrario, parte de la doctrina moderna de la soberanía, la cual, de un modo más consecuente, atribuye la soberanía exclusivamente al poder del Estado.

a) La doctrina de la división de los poderes

La doctrina del derecho natural había dicho que un órgano —príncipe, cuerpo aristocrático o asamblea popular— necesita ser el titular, por derecho propio, de la soberanía plena. Admitir como posible una división de la soberanía entre varios miembros del Estado, lo considera Hobbes como una doctrina revolucionaria que conduce a la disolución del mismo.[113] La consecuencia lógica del concepto del Estado era, según la escuela del derecho natural, la concentración de todo el poder de aquél en una sola voluntad, bien se trate de una persona física o de un *corpus.* Principalmente ha servido como prueba, a que ha recurrido esta doctrina, la antigua analogía entre el Estado y el hombre. Así como el alma es indivisible, lo es la soberanía, que sin duda alguna posee diferentes facultades no divisibles en partes.[114]

La consecuencia práctica de esta doctrina va contra el dualismo del Estado, al cual era necesario superar. Con la aniquilación del poder de los brazos o *estados,* de la libertad municipal, en una palabra, de la independencia de los señores, queda justificada la ruina de todos los poderes que frente a los del Estado conservaban algún derecho. El sometimiento incondicional de los individuos a la voluntad general, la cual no reconoce ningún derecho particular frente a sus decisiones soberanas, es la tendencia de la doctrina de Rousseau, con el cual ha cambiado el nombre de señor absoluto, pero no la esencia.

Las relaciones políticas del continente no daban ocasión para hacer una oposición fuerte a esta doctrina, y a causa de ello halló acogida en Inglaterra, sólo con algunas modificaciones. La teoría constitucional inglesa pone el centro de gravedad de los poderes del Estado en manos del

[113] *De cive,* XII, 5.
[114] Véase Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen,* p. 26, n. 33.

pueblo. Esto no obstante, según Locke, también el rey *in a very tolerable sense* se designa como el poder más alto,[115] si bien el poder más elevado es el legislativo. La doctrina inglesa oficial, por el contrario, según la expresión clásica, que ha recibido de Blackstone,[116] concibe al rey y a ambas cámaras como formando el parlamento, al cual se atribuye el poder supremo. Sin embargo, se designa al rey, únicamente, como el titular de la soberanía.[117]

Montesquieu transforma esta concepción oficial inglesa en su doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que mantienen, no obstante, puntos de contacto entre sí.[118] Él no fundamenta su teoría ni aclara, en general, la cuestión acerca de la unidad del Estado y de la relación de los poderes con esta unidad.

La doctrina de la división de poderes, concebida en esta forma, ha conducido a una completa división teórica del Estado en tres personas. Kant lo ha expresado de esta suerte, de una manera rotunda, al designar a los tres poderes del Estado como "otras tantas personas morales", las cuales deben completarse mutuamente y subordinarse unas a otras.[119]

Tan pronto como se quiere trasladar esta doctrina a la realidad, surgen dificultades prácticas y doctrinales. Las primeras nacen de las necesidades de la política, las cuales no pueden jamás ser enteramente dominadas por una fórmula abstracta. Es muy fecunda en enseñanza a este respecto la actitud de la constituyente francesa, que en la Declaración de los Derechos del Hombre proclama el principio de la división de poderes, y después, a pesar de todos sus doctrinarismos, no lleva aquella doctrina a sus últimas consecuencias, sino que más bien hace del órgano legislativo un

[115] *Op. cit.*, II, p. 151.

[116] *Op. cit.*, I, 2, p. 139.

[117] Esto se debe a la concepción que iguala al parlamento con el *King in Parliament.* Por esto reconocen y distinguen los escritores ingleses en el rey una doble cualidad: la de persona y la de institución. Así, por ejemplo, Allen, *Inquiry into the rise and growth of the Prerogative in England,* nueva edición, 1849, pp. 26 ss., pudo decir el rey parlamentario: *"He really does nothing, but the nominally does everything".* (Realmente no hace nada; nominalmente lo hace todo.)

[118] Rehm, *Staatslehre,* pp. 236 y 286, pretende hacer de Montesquieu el representante de una doctrina que exige la dependencia del poder ejecutivo del legislativo, por el hecho de que anualmente necesite del poder legislativo la concesión de los impuestos; de no ser así, no dependería el poder ejecutivo del legislativo *(ne dépendre plus d'elle).* Este *dépendre* no es otra cosa que el correlativo del veto del ejecutivo, así como de su derecho a reunir y disolver las asambleas legislativas, por lo cual de nuevo el legislativo depende del ejecutivo, *"Il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir".* Ha de comprenderse aquel *dépendre* partiendo de este punto central de la doctrina de Montesquieu. Al menos así ha sido interpretado hasta ahora Montesquieu, y así es como ha influido en la historia. Sobre otro error de Rehm acerca de la doctrina de Montesquieu, error que no ha advertido R. Schmidt, véase Jellinek, *Eine neue Theorie über die Lehre Montesquieus von den Staatsgewalten, Gründhuts Zeitschrift,* XXX, 1902, pp. 1 ss.

[119] *Rechtslehre,* §§ 45, 48. Sobre los continuadores de la doctrina de Kant, véase Mohl, *Geschichte sund Lit.*, I, p. 273.

órgano tal que en él vienen a unirse todos los demás poderes. Teóricamente, la concepción democrática que sirve de base a la doctrina de la soberanía popular no consiente a la división de los poderes desempeñar otro papel que el de un principio secundario.[120]

Cuando los americanos, que fueron los primeros en declarar como principio constitucional la separación de poderes, determinaron según su Constitución la existencia de estados miembros y el Estado de la Unión,[121] era para ellos evidente que todos los poderes originariamente pertenecían al pueblo, quien por medio de la Constitución los atribuye a órganos particulares para que lo representen. Como punto de vista de unificación de todos los poderes, se reconoce en el preámbulo de la Constitución americana al pueblo. Los poderes individuales, estrictamente delimitados, están concedidos *(granted)* o reservados *(vested)*, esto es, concedidos a los órganos designados, conforme a la Constitución; de suerte que, según la teoría oficial, el pueblo reúne en sí todos los poderes y puede disponer de nuevo de ellos mediante un cambio de Constitución. La primera de las francesas, por una contradicción explicable dado el espíritu de aquella época, declara, al propio tiempo que enuncia el principio, entonces admitido, de la división de poderes:[122] *"La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la nation: aucune section*

[120] Véase el estudio fundamental de Duguit, *La séparation des pouvoirs et l'asemblée national de 1789*, 1893, p. 19. Acerca de la subordinación del poder judicial al legistativo, véase la misma obra, pp. 90 ss., y más adelante el acertado juicio general que se emite sobre los autores de la Constitución, p. 116. *"Ils déclarent les trois pouvoirs égaux et indépendents et ils subordonner au pouvoir législatif, l'exécutif et le judiciaire."* La primera Constitución francesa no debe ser considerada (y así lo demuestran las investigaciones de Duguit) como proponiéndose la separación absoluta de los poderes, según ha creído Rehm, *Staatslehre*, p. 288.

[121] A pesar de haber proclamado los americanos el dogma de la división de poderes, jamás han pensado en establecer un órgano independiente para cada uno de los tres poderes. En el número XLVII del *Federalist* desarrolla Madison la siguiente doctrina, de la cual de ningún modo participó Montesquieu: *"His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of another department is exerced by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free Constitution are subverted"*, p. 272 de la edición de 1826. (Su significación, como lo denotan sus propias palabras y, aún de un modo más concluyente el ejemplo que ante él se ofrecía, no puede conducir sino a esto: que cuando el poder de un departamento, está ejercido por las mismas manos que poseen todo el poder de otro departamento, queda subvertido el principio fundamental de una Constitución libre.) Después prueba que la Constitución americana no excluye en modo alguno a los poderes particulares de las funciones de los demás poderes, y que lo mismo acontece en las constituciones de los estados particulares. El principio de la absoluta separación de poderes, que considera Rehm, *Staatslehre*, pp. 288 ss., como el fundamento de la Constitucion americana, está expresamente, como se ha visto, negado por el "padre de la Constitucion", y hay muchas desviaciones en ella de la férrea concepción doctrinaria de la división de poderes, a las cuales Rehm considera como negaciones de la idea fundamental, pero que, muy al contrario, han sido dadas con plena conciencia de su fin.

[122] *Declaration des droits de l'homme et des citoyens*, art. 16.

du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice".[123] Para dar solución a esta contradicción desarrolla posteriormente Sieyès su doctrina del *pouvoir constituant,* que habría de corresponder al pueblo de un modo inalienable, y al que se oponen los poderes particulares como *pouvoirs constitués.* La unidad originaria de los poderes se habría de mostrar con motivo del ejercicio del derecho a modificar la Constitución.[124]

Las posteriores constituciones de los Estados, aun cuando todas hayan aceptado, hasta cierto límite, el principio de la división de los poderes, admiten un punto de unión en los mismos, a saber: el monarca, en los Estados en que el principio monárquico es el que rige; el pueblo, en los restantes. En ambos casos, significa esto el reconocimiento expreso de la unidad del Estado mediante una fórmula que sólo puede ser comprendida si se la considera desde el punto de vista de la evolución de la doctrina de la soberanía. No hay, por tanto, Constitución alguna que haya llevado a su última consecuencia, ni siquiera pretendido, el reconocimiento de las tres personas en el sentido en que Kant hablaba de ellas. La nueva teoría constitucional que se apoya en las doctrinas de B. Constant y de la Carta se opone a la separación estricta de los poderes en su aspecto subjetivo, por considerar imposible, de este modo, todo régimen parlamentario.[125]

Para el conocimiento de la unidad de la naturaleza del Estado no existe esta cuestión, que es tan importante cuando se trata de la historia y la política. Cada órgano de aquél representa, dentro de sus límites, el poder del Estado. Es posible, pues, hablar de una división de competencia, pero no de una división de poderes.[126] En la variedad de sus órganos no existe, por tanto, sino un solo poder del Estado. En otro lugar examinaremos la significación de la teoría de la división de los poderes para la doctrina de las funciones del Estado.

b) La división del poder del Estado (de la soberanía) en el Estado confederado

Bajo el influjo de Tocqueville se ha extendido una doctrina, acerca de la división de la soberanía, que se propone explicar el Estado federal, esto

[123] Constitución del 3 de septiembre de 1791, título III, art. 1°.
[124] *Politische Schriften* (trad. alemana, 1796, I, p. 147, y II, p. 421).
[125] Véase Constant, I, p. 219; Jellinek, *Die Entwicklung des Ministerium in der konst. Monarchie, Grünhuts. Zeitschrift,* x, 1883, pp. 340 ss.
[126] Así opina también O. Mayer, *Deutsche Verwaltungsrecht,* pp. 77 ss., que admite la división de los poderes. Pero cuando él dice que los poderes no son meramente funciones, sino trozos vivos del mismo poder del Estado (pp. 68-69, n. 3), no puedo yo formarme claramente, con esto, una idea.

es, la división del poder del Estado entre los estados miembros de la federación y el Estado federal.[127] Aun cuando en la ciencia moderna del derecho público ha sido combatida con energía, no ha desaparecido aún completamente. Reaparece en la doctrina del imperio alemán, unas veces afirmando la doble soberanía del imperio y del Estado miembro, y otras, atribuyendo una soberanía limitada, relativa, fragmentaria y disminuida, ya al Estado miembro, ya al imperio.

En tanto que esta doctrina confunde soberanía y poder del Estado, se encuentra refutada por las observaciones anteriores, y solamente entre los que rechazan la división de la soberanía se admite una división del poder del Estado. Al afirmar la divisibilidad de éste, sólo se debe pretender expresar que el poder del Estado no soberano tiene un contenido limitado. Contra esta doctrina es dable objetar únicamente que su fórmula puede dar ocasión a falsas y graves interpretaciones.

Por lo común, la doctrina del poder limitado del Estado concebida del modo que se ha expuesto implica tanto la limitación del poder del Estado miembro cuanto de la confederación; por lo cual en el Estado confederado existen dos poderes fragmentarios o imperfectos, que representan reunidos un poder del Estado que abarca toda la competencia del mismo.[128]

Una concepción de este género está en contradicción con la naturaleza del poder del Estado; porque el poder de un Estado determinado necesita ser siempre atribuido a él mismo. La personalidad es individuo, esto es, algo indivisible por su naturaleza. Esto vale para todas las personas físicas, jurídicas, soberanas y no soberanas.[129]

La concepción de la división del poder del Estado procede de la competencia general en los Estados unitarios actuales. Como en los federales, esta competencia está dividida entre dos Estados, parece a primera vista que está el mismo poder estatista repartido entre ambos; lo que induce al error de creer, juzgando por la existencia de tal poder, que hay un contenido necesario de su competencia, siendo así que hemos demostrado antes que compete al poder soberano del Estado el determinar hasta dónde se ha de extender en aquélla. Durante largo tiempo no ha sido objeto de la administración del Estado la enseñanza; en Inglaterra ha atendido a ella recientemente. Así pues, un Estado cuya administración no

[127] Esta doctrina ha sido desarrollada, principalmente, por Waitz, *op. cit.*, pp. 162 ss., por lo cual en la literatura alemana se conoce esta teoría con el nombre de doctrina de Waitz.

[128] Haenel, *Studien*, I, pp. 63 ss.; *Staatsrecht*, I, p. 206; Bornhak, *op. cit.*, p. 246; O. Mayer, *Deutsche Verw. Recht.*, II, p. 462; Gierke, *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pp. 1157 ss.; *Deutsches Privatrecht*, I, p. 674, núm. 51; Mode, *Döppelsouveränetät im Deutschen Reiche*, 1900, pp. 38 ss.

[129] Véase una crítica acertada de esta doctrina en Laband, I, pp. 74 ss.; G. Mayer, p. 45, núm. 6; Rehm, *Staatslehre*, pp. 120 ss.

se ocupe de la enseñanza, tiene un valor político que no por eso es fragmentario. El imperio alemán sólo de un modo excepcional ejerce esta función administrativa, conferida casi exclusivamente a los Estados miembros. No puede decirse que esta administración de la enseñanza pertenezca por su propia naturaleza al poder unitario formado por el del imperio y el de los Estados miembros, sino que, salvo excepciones, corresponde a los poderes del Estado miembro. Lo mismo sucede con la administración de marina, que sólo corresponde al poder del imperio, y no a otro que expresase únicamente su existencia en poderes fragmentarios.

Entre el Estado federal y el Estado miembro no se halla repartida ni la soberanía ni el poder del Estado. Están, sí, repartidos los objetos a que se dirige la actividad estatista, pero no la actividad subjetiva que a estos objetos se refiere.

El Estado miembro no tiene tampoco un poder estatista fragmentario; más bien los que están limitados son los objetos a que puede referirse su actividad, conforme a la Constitución. Un poder fragmentario del Estado existirá allí donde la función de autoridad no pueda ejercitarse completamente; por ejemplo, en el caso en que una asociación tuviera el derecho de legislar sobre determinadas cuestiones, y el gobierno, conforme a estas leyes, no perteneciese a sus propios órganos, sino a los de un Estado superior a ella. Los Estados miembros tienen todos los órganos necesarios de un Estado, y ejercen todas las funciones materiales del mismo. Si estuvieran limitados en este sentido, dejarían de ser Estados y adquirirían el carácter de meras asociaciones, cuyo poder no tendría el carácter de poder estatista.

Con esto queda terminada la doctrina de las propiedades esenciales del poder del Estado. Lo que aún hayamos de encontrar aquí y allá a este respecto no son sino descripciones de los caracteres del Estado que ya hemos explicado. Así, por ejemplo, su irresponsabilidad, su carácter irresistible, la eternidad del poder del Estado, notas todas que la teoría del derecho natural consideraba como atributos particulares del poder estatista, no son otra cosa que distintos nombres para expresar la soberanía del poder de aquél, los cuales, además, suscitan muchas dificultades. Por ejemplo, la concepción de la irresponsabilidad del poder soberano del Estado apenas si puede compaginarse con el orden actual del derecho internacional, aun cuando a tal poder no pueda exigírsele responsabilidad por el procedimiento jurídico ordinario.

XV. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO[1]

TODA ASOCIACIÓN PERMANENTE necesita de un principio de ordenación conforme al cual se constituye y desarrolla su voluntad. Este principio de ordenación será el que limite la situación de sus miembros dentro de la asociación y en relación con ella. Una ordenación o estatuto de esta naturaleza es lo que se llama una Constitución.

Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera sería una anarquía. El propio Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el mínimum de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de derecho.

La Constitución de los Estados abarca, por consiguiente, los principios jurídicos que designan los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado.

1. OJEADA SOBRE LA HISTORIA DE LAS CONSTITUCIONES

a) El concepto de Constitución, en el sentido que le hemos asignado, fue ya fijado por los griegos. Aristóteles distingue entre πολιτεία, que era el fundamento del Estado, y las leyes simples, νόμοι, que tienen por base esta Constitución. Ésta la define Aristóteles como ordenación de los poderes en el Estado. Ella es la que determina cómo se ha de dividir, cuál será el sitio en que haya de residir el poder supremo y qué fines de la comunidad le han de estar encomendados. Las leyes, por el contrario, son las disposiciones dadas en vista de la Constitución, según las cuales se han de ejercitar las funciones por las autoridades y se han de impedir las

[1] Para la historia de las constituciones, véase Borgeaud, *Établissement et révision des Constitutions en Amérique et en Europe,* 1893; del mismo, en la memoria antes citada y aparecida en inglés con el título: *The Rise of Modern Democracy in Old and New England;* Esmein, *Droit const.,* pp. 404 ss.; Foster, *Commentaires on the Constitution of the United States,* I, 1896, pp. 27 ss.; Jellinek, *Erkl. der Menschen und Bürgerrechte;* del mismo, *Das Recht der Minoritäten,* 1898, pp. 7 ss.

transgresiones.[2] Conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla.

También los romanos distinguen con gran agudeza entre Constitución del Estado y disposiciones legislativas particulares, por grande que pueda ser la significación de éstas para la comunidad. Para referirse a la Constitución, tienen ellos la expresión técnica *rem publicam constituere*. El poder de modificar la Constitución ha sido atribuido, en los momentos culminantes de la historia romana, a magistrados extraordinarios con poder constituyente, los cuales reunían en sí de hecho el poder ilimitado de la comunidad.[3]

Estas relaciones antiguas han llegado a ser de gran importancia para las concepciones modernas de la naturaleza de la Constitución del Estado. Sobre ellas se basan las ideas acerca del valor que tienen los principios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desarrollado ya de acuerdo con estos principios. Esta idea existe incluso en aquellas naciones que no establecen una oposición desde el punto de vista formal jurídico entre las leyes sencillas y las leyes constitucionales. El concepto de Constitución ha sido reconocido en la Antigüedad primeramente en su sentido material. Sobre el conocimiento y reconocimiento de las relaciones romanas descansa la idea de un poder constitucional ilimitado, poder que exclusivamente compete a la colectividad soberana de los ciudadanos, y que ha de ser ejercitado por ésta libremente. Esta idea fue divulgada por la escuela del derecho natural, especialmente por Puffendorf,[4] Locke[5] y Wolff,[6] y se halla su aplicación práctica, por vez primera, en los Estados Unidos, y después en la Revolución francesa, al propio tiempo que su expresión teórica en la doctrina del *pouvoir constituant*, en el cual tienen todos los poderes del Estado su punto de arranque. Los efectos de esta doctrina se dejan sentir aún en la actualidad.

Mas, por frecuente que fuera en los antiguos la concepción de una Constitución, no es común la exigencia de considerarla como un instrumento

[2] Πολίτεία μὲν γαρ ἐστι τάξις ταῖς πόλεσιν ἡ περὶ τας ἀρχάς, τίνα τρόπον νενέμηνται, καὶ τί τὸ κὺριον τῆς πολιτείας καὶ τί τὸ τέλος ἑκάστοις τῆς κοινωνίας ἐστίν. νόμοι δε κεχωρισμένοι τῶν δηλόυντων τὴν πολιτείαν, καδ'οὕς δὲῖ τοὺς ἂρχειντας ἂρχειν καὶ φυλάττειν τοὺς παραβαίνοντας αὺτούς. *Pol.*, IV, 1289 a, 16 s.

[3] Véase Mommsen, *Abriss des römischen Staatsrechts*, 1893, p. 88. De esta expresión, *rem publicam constituere*, procede el vocablo *constitución*, tan comúnmente usado desde el siglo XVIII para expresar constitución política.

[4] *De jure naturae et gentium*, VII, 2, § 8. Lo que en primer lugar llevan a cabo los fundadores del Estado es el *pactum unionis*, y más tarde el pueblo, así formado, publica el decreto sobre la forma *regiminis*.

[5] *Op. cit.*, II, pp. 8, 95 ss.

[6] *Jus nature*, VIII, § 815. *Potestatis legislatioriae non subsunt leges fundamentales*.

al cual debiera atribuirse un valor superior al de las restantes leyes. Como todas las demás, así también algunas leyes constitucionales particulares han sido objeto de redacción. Pero en ninguna parte se ha llegado a redactar un documento formal sobre los fundamentos de la organización del Estado.

La redacción del derecho de una comunidad comienza a ser necesaria cuando este derecho es o concedido o confirmado por un poder exterior. Por esto hallamos ya en Roma, transcrito en las *leges datae,* la autonomía que concedía el Estado dominante a las comunidades sometidas. En la Edad Media se escribe el derecho de las ciudades, corporaciones, iglesias y señores, porque era una concesión que les hacía una autoridad superior a ellas. Escribir los derechos que uno tiene con respecto a sí mismo carece de sentido; el hecho de escribirlos supone, más bien, uno que lo concede y otro que lo recibe. El ejemplo, citado tan a menudo, de las leyes constitucionales de la Edad Media, considerado más de cerca, no es sino una cuestión jurídica suscitada entre dos personas independientes una de otra, y a esta relación le es más propio el carácter de contrato que el de ley; en lo cual se pone de manifiesto, de una manera muy expresiva, el dualismo jurídico del Estado de la Edad Media. Por esto se consignaban por escrito. Las leyes sólo muy rara vez se promulgaban en dicha época; pero los contratos necesitaban ser escritos *in perpetuam rei memoriam.*

Ambas concepciones influyen en el origen de las constituciones modernas: redacción de los derechos de los súbditos con relación al señor que está sobre ellos, y contrato entre el príncipe y el país. Según las concepciones populares, están aquí mezclados de una manera peculiar el acto jurídico unilateral y bilateral.

b) Ante todo, hemos de estudiar los orígenes del concepto moderno de Constitución, de la Constitución escrita, esto es, de la Constitución en sentido formal.

Bajo el influjo de la doctrina aristotélica[7] encuéntrase ya la concepción del *dominium politicum,* o sea de la autoridad limitada por la Constitución, como opuesta al *dominium regale.*[8] En el siglo XVI aparece por vez primera el concepto de ley fundamental, *lex fundamentalis.*[9] La *lex*

[7] La oposición entre πολιτικόν y βασιλικόν hállase ya en las primeras líneas de la *Política,* p. 1252, 8.

[8] Véase Fortescue, *De laudibus legum angliae,* ed., Amos, Cambridge, 1825, cap. XXXVII, p. 246, y del mismo, *Über die Regierung Englands,* traducido y editado por Parow, 1897 (Brentano-Leser, *Sammlung älterer und neuerer staatswisenschaftlicher Schriften,* núm. 10), pp. 17 ss., donde *dominium regale* y *dominium politicum et regale,* se oponen uno a otro.

[9] Probablemente aparece con los monarcómacas. Véase Treumann, *Die Monarchomachen* (Jellinek-Meyer, *Abhandlungen,* I, 1), p. 77, núm. 5. La palabra *fundamentalis* no se encuentra en Ducange-Henschel; sobre la historia del concepto de una ley fundamental, véase W. Rothschild, *Der Gedanke des geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution,* 1903, pp. 6 ss.

fundamentalis tiene una fuerza superior a las demás leyes. El propio rey está obligado respecto de ella, y no la puede modificar por sí sólo. En la época de Enrique IV, declaró en Francia Loyseau que las *"lois fundamentales de l'État"* constituyen una limitación estricta del poder del rey.[10] En Inglaterra, Jacobo I es quien habla por vez primera de *fundamental laws,* la cual considera como derecho divino.[11] En la época de su hijo, desempeña el concepto de ley fundamental un gran papel en las luchas parlamentarias. El conde de Strafford fue acusado y juzgado porque quiso cambiar las leyes fundamentales de la monarquía.[12] En el derecho público alemán se conoce el concepto de la ley fundamental desde la paz de Westfalia.[13]

Este concepto de ley fundamental no fue definido por nadie, por lo cual pudo decir Hobbes, en 1651, que no habían hallado en parte alguna una explicación de esta expresión de ley fundamental.[14] Una distinción jurídica que permita diferenciar las leyes fundamentales de las leyes simples, no parece que se había encontrado.

La concepción de ley fundamental va, pues, unida de un modo especial a la antigua del contrato constitucional entre el rey y el país, especialmente en Inglaterra, donde la concepción medieval de las relaciones contractuales entre *rex* y *regnum* han permanecido muy vivas a causa de las innumerables confirmaciones de los derechos y libertades por la corona.[15] Con esto se enlaza una serie de cuestiones muy varias.

Mediante la transmisión de la doctrina calvinista de las comunidades eclesiásticas al Estado, y de la aplicación de la doctrina bíblica de la alianza entre Dios y su pueblo, nace entre los puritanos independientes la concepción de que la comunidad cristiana, así como el Estado, descansan sobre su *covenant,* sobre su contrato social, que necesita ser llevado a cabo con unanimidad por todos los miembros de la comunidad.[16] Esta

[10] *Op. cit.*, p. 26.

[11] Prothero, *Select statutes and other constitutional documents illustrating of the reign of Elizabeth and James,* I, 1894, páf. 400.

[12] *"For endeavouring to subvert the ancient and fundamental laws and government of His Majesty's realms of England and Ireland"*; Gardiner, *The constitutional documents of the puritan Revolution,* 1889, p. 85. Durante la discusión del *Bill* en la cámara baja, preguntó un miembro de ésta qué eran las leyes fundamentales. A lo que le hubieron de contestar, que si no sabía esto no tenía *business to sit in the House;* Gardiner, *The falt of the Monarchy of Charles,* I, II, 1882, p. 140.

[13] J. P. O.; VII, 4. *"De caetero omnes laudabiles consuetudines et Sacri Romani Imperii constitutiones et leges fundamentales, imposterum religioso serventur."*

[14] *Leviatán,* cap. XXVI, p. 275: *"Y could never see in any author what a fundamental law signifieth"*. En la edición latina de sus obras no existe esta frase.

[15] Jellinek, *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte,* pp. 30 ss.

[16] Véase *Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte,* pp. 35 ss.; Walker, *A history of the Congregational Churches in the United States,* 1894, pp. 25 ss. y 66 ss.; Rieker, *Grundsätze reformierter Kirchenverfassung,* 1899, pp. 73 ss.; Gardiner, *Const. Docum.*, pp. 54 ss.

concepción fue llevada a la práctica inmediatamente, pues los colonos americanos acuerdan un contrato para la colonia, mediante el cual se prometen mutuamente fundar una comunidad, instituir la autoridad y obedecer a ésta. Este contrato lo suscriben todos los hombres adultos en nombre propio y en el de sus familias. El más célebre entre todos los antiguos llevados a cabo de este modo es el de los *Pilgrinfathers,* a bordo del barco *Flor de Mayo,* el 11 de noviembre de 1620, previa fundación de "New Plymouth". De mucha mayor importancia es la *Fundamental Orders of Connecticut,* llevada a cabo por los puritanos de Massachusetts (1639), en la cual, en forma de un contrato solemne, se ofrece una detallada constitución del Estado. En la propia Inglaterra ejerce gran influjo político en esta época la teoría del contrato social, formulada expresamente. En el curso del movimiento revolucionario (1647), el consejo de guerra de Cromwell, bajo la dirección de John Lilburne e Ireton, jefes de los igualitarios, elabora una Constitución de Inglaterra, el contrato popular, el *Agreement of the People,* que más tarde hubo de ser sometido al parlamento en forma distinta, y que debía ser propuesto al pueblo inglés para que lo suscribiese.[17] En este contrato fundamental se distingue perfectamente entre principios fundamentales y no fundamentales. Aquéllos los forman los derechos inalienables de la nación misma, y a los cuales no puede tocar el parlamento, que sólo posee un poder limitado.[18]

La decisión entre los derechos del parlamento y los del pueblo, tan peculiar a la Constitución de los Estados americanos, aparece aquí por primera vez.[19] Este primer ensayo de Inglaterra para llegar a tener una Constitución escrita, muestra claramente cuál es el punto de partida de un empeño de esta naturaleza. El contrato fundamental había de constituir para los Estados la base inmutable que formaban los *covenants* para la Iglesia; mas los contratos solemnes se acostumbraba, por lo común, hacerlos por escrito. De aquí que, siendo la Constitución un contrato solemne sobre el que descansaban los derechos y deberes de todos los miembros del Estado, debía hacerse por escrito. Es muy significativo, para comprender el proceso de ideas que han dado origen a estas manifestaciones, el hacer notar que durante las deliberaciones acerca de esta

[17] El proyecto primitivo lo ha publicado Gardiner, *History of the Great Civil War,* III, 1891, pp. 607 ss.; en parte también puede encontrarse en Foster, I, pp. 49 ss.; el texto definitivo en Gardiner, *Constitutional Documents,* pp. 207 ss.; sobre la figura interesante de Lilburne y el *Agreement,* véase Gardiner, *History,* III (especialmente las pp. 219 ss.); Bernstein, *Geschichte des Sozialismus,* I, 2, 1895, pp. 533 ss., 560 ss. y 608 ss.; Foster, I, pp. 46 ss. Las investigaciones más recientes acerca del *Agreement,* en Rothschild, *op. cit.,* pp. 62 ss.

[18] Véanse los cinco principios que van colocados en el proyecto después del art. 4º. En el texto definitivo no se habla de un modo expreso de los derechos que el pueblo se hubiera reservado; pero en el párrafo octavo se enumeran seis puntos que habían de sustraerse a las decisiones del parlamento.

[19] Véase Gardiner, *History,* p. 224.

cuestión, y a consecuencia de la idea democrática que radica en su fondo, exigióse por vez primera el derecho de sufragio universal e igual para todos, para la elección del parlamento.[20]

En este momento muéstrase por vez primera con necesidad lógica esta idea: que la Constitución, que forma el contrato fundamental, es una ley superior a las que sobre este contrato se fundan.

La necesidad de una Constitución se muestra poco tiempo después, desde otros puntos de vista. El antiguo orden de cosas había sido transformado por la revolución, y el nuevo sólo era un orden de hechos, o más bien, no tenía sino un carácter provisional. En el interés de los nuevos tenedores del poder público estaba el hacer de él un orden permanente. Por esto declara Cromwell —no obstante rechazar el supuesto del contrato del pueblo por mediación del parlamento— que en todo Estado es preciso algo fundamental análogo a la Carta Magna, permanente e incambiable;[21] después, en 1653, intentó establecer el *Instrument of Government*, primera y única carta constitucional que ha tenido Inglaterra como ley fundamental del Estado inglés.[22] En él están delimitadas las facultades de protector, del consejo de Estado y del parlamento, y hasta están allí determinados algunos de los derechos fundamentales del *Agreements*. No sin oposición se logró hacerlo reconocer, aun cuando más tarde hubo de sufrir distintas modificaciones, y esto es lo único que se puede decir de la Constitución escrita de Inglaterra, lo cual es tanto más admirable cuanto que la idea de una Constitución escrita ha nacido en el Estado que precisamente hasta hoy no ha tenido ninguna.

Mas ¿en qué se muestra la fuerza superior del contrato constitucional? En virtud de su propiedad de contrato necesita llevarse a cabo con acuerdo unánime, y sólo podrá ser modificado igualmente por unanimidad. La consecuencia primera de esta concepción del contrato fundamental es el rechazar el principio de las mayorías, lo cual aparece tan natural al pensamiento político de aquella época, nimbado todo él de religiosidad, como que el sometimiento a una mayoría se opone completamente a la convicción del protestantismo, de que es preciso rechazar toda autoridad exterior. La democracia de aquellos días, ineducada aún prácticamente, no ha hecho ensayo alguno por fijar una clase de mayoría que pudiera llevar a cabo las modificaciones de la Constitución.

[20] Véanse los debates entre Ireton y Rainborow (Rainsborough) en *The Clarke Papers* (editado por la Camden Society), I, 1891, pp. 300 ss. El discurso de Rainborow contiene todos los argumentos esenciales de que se ha hecho uso después para defender el sufragio universal.

[21] *"In every government there must be somewhat fundamental, somewhat like a Magna Charta, which should be standing be unalterable."* Carlyle, *Oliver Cromwell, Letters and Speeches*, 2ª ed., III, 1846, *Speech*, III, 12 de septiembre de 1654, p. 67.

[22] Reimpreso por Gardiner, *Const. Docum.*, pp. 314 ss.

c) La teoría del derecho natural es la primera que acomete la investigación del problema de las leyes fundamentales en todos sus aspectos. Es evidente que Inglaterra fue también la primera en llevar a cabo este orden de explicaciones. La doctrina popular del contrato social es acogida por Hobbes y sobre ella funda su teoría de la doctrina del Estado, teoría enteramente en contradicción con las exigencias democráticas. Hobbes acepta la expresión de ley fundamental, y la define como aquella ley que, de ser suprimida, destruiría el cuerpo del Estado y lo haría caer en la anarquía.[23] La ley fundamental se identifica, por tanto, con el contrato sobre el cual se funda el Estado, así como con las consecuencias que se desprenden inmediatamente del mismo. Este contrato, que se lleva a cabo con asentimiento unánime, es por consiguiente inalterable, en tanto que el Estado haya de subsistir como tal. En el contrato social va contenida la cláusula de someterse a aquel príncipe que designe la mayoría.[24] Locke formula esta misma idea, en un sentido democrático, al afirmar que en el contrato fundamental va determinada la obligación de considerar la voluntad de la mayoría como voluntad propia.[25] Por consiguiente, en Inglaterra se reconoce, como correspondía a las circunstancias históricas, el principio de la mayoría para toda clase de leyes, y no se admite la distinción práctica entre leyes constitucionales y leyes simples.

De otro modo se conduce la teoría del derecho natural en Alemania. Puffendorf atenúa la doctrina de Hobbes y dice que sólo aquel que ha suscrito de un modo incondicional el contrato de unión, está obligado a reconocer el *decretum* promulgado por una mayoría acerca de la forma de la Constitución, pero si no lo hubiera hecho así, entonces la Constitución lo obligará únicamente en tanto que le otorgue su conformidad. Y si rechaza el prestársela, se coloca en la situación del estado de naturaleza. Inmediatamente después Böhmer,[26] Wolff[27] y otros transformaron el concepto de ley fundamental de un modo peculiar. No como ley constitucional exclusivamente, sino como limitación del poder del príncipe por el pueblo, es como la interpretan estos autores del derecho natural. De suerte que la teoría posterior, que identifica la Constitución con la Constitución constitucional *(konstitutio nelle Verfassung)*, esboza a ésta en sus principales rasgos. Si se reflexiona sobre lo mucho que se ha extendido especialmente la doctrina de Wolff, resultará esta conexión tanto más comprensible cuanto que las conocidas observaciones de Montesquieu sobre la Constitución inglesa de ningún modo afirman que el Estado

[23] *Leviatán*, cap. XXVI, pp. 275 ss.
[24] *De cive*, V, 8; *Leviatán*, XVIII, p. 159.
[25] II, cap. VIII, 96, 99.
[26] *Jus. Pub. univ. pars. spec.* I, 5, § 31 ss., pp. 292 ss.
[27] *Op. cit.*, VII, § 815 ss.

que se edifica sobre el principio de la división de poderes sea el único Estado constitucional.

Esta ley fundamental llega a ser considerada como una norma superior al legislador, y susceptible de ser cambiada por una decisión del pueblo a la que preste el rey su consentimiento. Esta idea fue ampliamente desarrollada por el discípulo de Wolff, E. de Wattel, cuya obra sobre el derecho internacional llegó a pesar mucho en el mundo culto del siglo XVIII. Este autor distingue con mucha decisión entre poder legislativo y poder constituyente. Por lo común, dice, las minorías se han de someter a las mayorías cuando se trata de modificar la Constitución; pero cuando se hubiera de cambiar la forma misma del Estado por una decisión de la mayoría, entonces quedaría libre la minoría para separarse del Estado, esto es, para emigrar.[28]

Es muy peculiar en Rousseau la actitud que adopta respecto de este problema. Rechaza sin duda alguna toda ley fundamental para el soberano, ya que la voluntad general no puede obligarse a sí misma.[29] De acuerdo con su principio de que el individuo permanece libre dentro del Estado, porque su voluntad forma parte de la voluntad general como un elemento constitutivo de ésta, y cada hombre, por tanto, sólo está sometido a su propia voluntad, necesitaría exigir que todas las leyes se considerasen iguales, exigiendo igualmente para todas la unanimidad. En realidad, quiere mantener el *liberum veto* de los polacos, en lo que se refiere a los fundamentos de la Constitución; aceptada por unanimidad, sólo por unanimidad pueden cambiarse también estas leyes.[30] Para la legislación corriente debe bastar la mayoría, que será mayor o menor según la importancia del objeto que se ventila.[31]

A los que en tales casos se quedan en minoría no se les considera vencidos, sino equivocados más bien, respecto al contenido de la voluntad general.[32] Sólo el contrato social exige la unanimidad, por su propia naturaleza.[33] Es claro que sólo puede haber hecho nacer una doctrina como ésta, que impide toda modificación en la Constitución, la falta de expe-

[28] *Le Droit des gens*, I, cap. III, §§ 30 y 33.

[29] *Contrat social*, I, p. 7.

[30] *Considérations sur le gouvernement de Pologne*, cap. IX. *"Par le droit naturel des sociétés, l'unanimité, à été requise pour la formation du corpus politique et pour les* lois fondamentales *qui tiennent à son existence [...] Or l'unanimité requise pour l'établissement, de ces lois doit l'être de même pour leur abrogation. Ainsi voilà des points sur les quels le* liberum veto *peut continuer de subsister."* (*Obras completas*, París, 1865, V., p. 270).

[31] *Contrat social*, IV, 2. *"Plus les délibérations sont importantes et graves, plus l'avis qui l'emporte doit aprocher de l'unanimité."*

[32] *"Quand done l'avis contraire au mien l'emporte, celane prouve autre chose sinon que j'e m'étais trompé et que ce que j'estimais être la volonté général ne l'était pas."* Lugar citado.

[33] L. c. *"Il n'y a qu'une seule loi qui, par sa nature, exige un consentement unanime; c'est le pacte social."*

riencia en el autor. Dado el influjo que ha ejercido Rousseau, esta doctrina ha tenido gran importancia para cuanto hace relación al poder y santidad de las leyes constitucionales.

d) La concepción de la ley fundamental escrita, esto es, de la Constitución, alcanza por vez primera una significación práctica e independiente de la doctrina del derecho natural, en las colonias americanas de Inglaterra.

Estas colonias, si son de la corona, reciben de los reyes de Inglaterra, y si no (como sucede en la Carolina del Norte y Pensilvania) de sus señores, cartas de libertad, privilegios, en los que se consignan los principios fundamentales de su gobierno y organización administrativa. Muchas de estas cartas sólo contienen la confirmación de la Constitución que se habían dado con anterioridad los propios interesados. Así, por ejemplo, la *Fundamental Orders* de Connecticut apareció bajo la forma de un contrato llevado a cabo entre los colonos, y fue la base de la carta que concedió a la colonia Carlos II,[34] carta que fue confirmada por el pueblo en 1776 como Constitución del Estado libre y sustituida más tarde, por primera vez en 1818, mediante una nueva Constitución. De igual modo Rhode-Island, fundada con anterioridad por Roger Williams sobre la base de un contrato de colonización, recibió su Constitución en 1663 de Carlos II, y en ella se confirma la organización ya existente. Esta Constitución ha subsistido hasta 1842. Las cartas de estos dos estados particulares americanos son las constituciones escritas más antiguas que se conocen en el sentido que se da hoy a este vocablo.[35] De las cartas de colonias pertenecientes a particulares, las principales son las concedidas por William Penn, en 1682, 1687 y 1701, sobre la base de los plenos poderes y de la propiedad que le había otorgado la corona, a la que hubo de designar, conforme al nombre de su padre, Pennsylvania. Estas constituciones se dieron de conformidad con representantes de estas colonias, quienes asintieron a los principios que en ellas se contenían.[36] Al surgir la revolución americana, las 13 colonias tenían ya cartas de este tipo, cuyos precedentes es preciso ir a buscar en la Edad Media. Nacidas de privilegios comerciales, se proponen como objetivo regular las nuevas relaciones políticas.[37] En ellas, y especialmente en aquellas dos en que el contenido estaba fijado por el pueblo, se muestran las dos ideas históricas sobre las que descansan las constituciones escritas, a saber: el contrato fundamental de los miembros del Estado y el de una concesión derivada de un poder superior. Frente a la madre patria, aparecen estos

[34] Véase Gourd, *Les Chartes coloniales et les Constitutions des États-Unis,* 1885, I, pp. 103 ss.
[35] Véase el texto en Poore, I, pp. 249 ss.; II, pp. 1596 ss.
[36] Véase Poore, II, pp. 1523 ss.; Gourd, I, pp. 165 ss.
[37] Véase Bryce, *American Commonwealth,* I, pp. 427 ss.

documentos exclusivamente como garantías unilaterales de la corona o de los propietarios autorizados para ello por la corona. Según la concepción de los americanos, estos documentos crean corporaciones que adquieren una personalidad sustantiva frente a las del Estado dominante y cuyo derecho sólo puede hallar su limitación en el del imperio. De este modo, el dualismo entre comunidad superior y subordinada se encuentra expresado ya en estas constituciones escritas, dualismo que probablemente tiene un nexo histórico con el del Estado de la Edad Media.

A causa de las débiles relaciones en que se encuentran las colonias con la madre patria, aparece cada vez más vigorosamente y llena de sentido la idea de que la Constitución no es sino el resultado de un contrato entre los ciudadanos, e incluso sirve éste de base a algunas cartas particulares; en cambio decrece la importancia que se daba a la concesión por un poder superior. La trascendencia de esta concepción democrática la acentúan las circunstancias que rodean los comienzos de la obra de cultura de los colonos. En un principio eran muy pocos los emigrantes, y muy grande el territorio en que estaban esparcidos; por lo común vivían con su familia en una situación que les había de sugerir la idea de un Estado de naturaleza preestatista, y cuando se reúnen para deliberar acerca de cuestiones comunes, creen ellos que salen de aquel estado de naturaleza por un acto libre de su voluntad para entrar en un régimen de Estado. De este modo se mezcla la doctrina político-eclesiástica del *covenants* como fundamento del Estado, con la del derecho natural, tan divulgada por la literatura, y se engendra la concepción de que la naturaleza del Estado descansa sobre la base de una Constitución nacida de la voluntad del pueblo. Mediante esta Constitución, el poder que vive por entero y potencialmente en el pueblo se reparte entre distintos órganos para que éstos lo ejerciten. En la época colonial estos órganos son en general los mismos, a saber: una asamblea legislativa, un gobernador elegido o nombrado por la corona o por los propietarios de la colonia y además jueces de paz y otros tribunales, según el modelo inglés. La asamblea legislativa no tiene nunca una situación superior a la ejecutiva, como sucede en Inglaterra. El veto del gobernador tiene realidad, en tanto que en la madre patria cae en desuso. Las legislaturas sólo tienen limitado su poder legislativo en cuanto las leyes británicas y las cartas coloniales le son dadas como inmutables, y toda ley que rebasase estos límites podía ser anulada por el *Privy council.*[38] De este modo prepáranse ya en estas cartas los principios fundamentales de las constituciones futuras, especialmente el principio de la separación de los poderes legislativo y ejecutivo, así como este otro: que la carta, tanto desde el punto de vista del derecho natural, como se-

[38] Foster, I, pp. 32 ss.

gún el derecho positivo, es una norma superior que obliga al legislador. Ambas ideas constituirán más tarde las bases de las constituciones, y serán aceptadas en Europa por la Francia revolucionaria. La división de poderes como principio constitucional y la Constitución como un poder que queda fuera de la acción normal legislativa son ideas que surgen por necesidad histórica en el suelo de las colonias americanas.

En el año 1776, las colonias independientes se transforman en Estados, y en virtud de la plenitud de los poderes que habían alcanzado, publican en éste y en los años que siguen constituciones basadas en el principio de la soberanía popular y de la división de poderes, o bien transforman sus cartas en constituciones. Por lo común, éstas son elaboradas y publicadas por asambleas constituyentes, pero en aquella época se deja sentir ya en algunos Estados la antigua idea del *covenants* y del contrato social, según la cual la Constitución debería ser propuesta a la aceptación de los ciudadanos, reunidos en el *town meetings.*[39] Este principio se llevó a la práctica por vez primera en Massachusetts y New Hampshire, y en el transcurso del siglo XIX se extiende a un gran número de antiguos y nuevos estados particulares de la Unión.

En estas constituciones de la primera época de la independencia americana han de buscarse los modelos más antiguos de las europeas, modelos que han influido en mayor medida de lo que hasta hace poco se creía sobre la propia constituyente francesa de 1789-1791.

Estos actos los forman dos partes principales. En su mayoría van precedidos de un *Bill* o *Declaration of Rights* —que en las cartas de las colonias faltan o están incompletos—, declaraciones que encierran un breve código de los derechos públicos de los individuos. A esto se añade el plan o campo de acción del gobierno, las disposiciones acerca de los órganos supremos del Estado y sobre sus funciones.

En otro lugar hemos hecho aclaraciones respecto a la declaración de derechos. El primer acto legislativo de esta naturaleza tuvo lugar en la convención del estado de Virginia el 12 de junio de 1776, donde se aceptó un *Bill of Rights* que ha sido el modelo que ha servido a la legislación constitucional para todos los actos posteriores de esta naturaleza. Siguen a éste otros *Bills* o declaraciones de derechos en otros estados americanos. Algunos principios del *Bill* de Virginia pasaron a formar parte de la célebre declaración de independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776.

En estos *Bills of Rights* no sólo se consignan los derechos de la libertad individual, sino también los principios de los restantes derechos públicos del individuo. Además están contenidos en él los principios de la sobe-

[39] Borgeaud, *Établissement et révision des Const.*, pp. 167 ss.

ranía popular, de la división de poderes, de la duración de las funciones públicas, la responsabilidad de los que desempeñaban estas funciones, así como infinidad de otros principios de derecho, que sólo de una manera indirecta tienen relación con los derechos subjetivos. Por lo tanto, pervive en estos documentos la antigua concepción inglesa de que la Constitución es ante todo un *jus inter partes*, y es concebida, por tanto, como el fundamento de los derechos subjetivos.

El *Plan of government* de las constituciones de los Estados miembros descansa, hasta donde es posible —ya que una completa realización del principio no era ni posible ni deseada en América—, sobre el principio de la división y equilibrio de los poderes, debido no sólo al predicamento de que gozaba entonces la doctrina de Montesquieu, sino también, porque, como hemos dicho, la historia constitucional de las colonias es muy peculiar y al desviarla de Inglaterra la conduce a una exigencia análoga a la de Montesquieu en lo que respecta a las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo. También aparece en ellas el sistema bicameral mediante un desarrollo histórico, pues en las colonias el consejo de los gobernadores ejercía al propio tiempo las funciones de una cámara alta.

Estas constituciones son las leyes más altas del país. Como quiera que todos los poderes están delegados por el pueblo, resultan todos ellos limitados por la ley fundamental, la cual se considera como la expresión inmediata de la voluntad de aquél. Aunque no se exprese así de una manera manifiesta, se les considera como fijas, y en la práctica se reconoce que el juez debe comprobar si todas las leyes concuerdan materialmente con la Constitución. Este mismo principio fundamental procede, como hemos mostrado antes, del orden jurídico que existía con anterioridad, porque las leyes coloniales eran revisadas por el juez inglés para ver si se conformaban con las normas superiores del derecho inglés, y, por tanto, con la carta misma, principio que aún hoy se practica en todas las colonias británicas, pues las leyes coloniales, incluso las de las colonias más independientes, necesitan someterse al examen del *judicial committee* del *privy council* de Inglaterra para ver si concuerdan con el derecho del imperio.[40]

La antigua doctrina relativa a la significación predominante del contrato social influye hoy aún en las disposiciones relativas a la modificación de las constituciones. El proceso de una revisión constitucional es la mayor parte de las veces muy complicado. Primeramente necesita que

[40] Véase Todd, *Parliamentary Government in the British Colonies*, 2ª ed., Londres, 1894, pp. 306, 309, 346 ss.; Dicey, p. 105; Brinton Coxe, *An essay on Judicial Power and Inconstitutional Legislation*, Filadelfia, 1893, pp. 208 ss.; sobre Australia, véase Moore, *The Constitution of the commonwealth of Australia*, Londres, 1902, pp. 165 ss. La jurisdicción del *privy council* inglés está muy limitada, sin duda, en Australia, pero no está suprimida.

así lo decida la legislatura ordinaria, por una mayoría que por lo común es superior a la que generalmente se exige, la mayoría simple, y en algunos Estados se exige que lo decidan dos legislaturas consecutivas[41] cuando se ha de llevar a cabo una revisión total, esto es, cuando se ha de establecer una nueva Constitución. En este caso, la elabora una convención elegida para este efecto por el pueblo y sancionada después por este mismo.[42] Así pues, el pueblo es quien decide en última instancia sobre si se acepta o rechaza la revisión.[43] El carácter formal de las leyes constitucionales concebidas como normas que sólo pueden cambiarse de un modo determinado y como leyes provistas de una fuerza superior se marca mucho en las constituciones de los Estados americanos. Recientemente, estas normas americanas acerca de la modificación de las constituciones han sido aceptadas por Australia.[44]

Los mismos principios que existen en las constituciones de que hemos hablado se encuentran en la de los Estados Unidos de 1787. La Constitución es hija del poder pleno del pueblo; es la ley suprema del país, y constituye el límite de la actividad de todos los actos de la Unión, así como de los Estados miembros de ésta. Al juez le está encomendada la función de que este límite no se rebase. Los *Bill of Rights* de los Estados particulares habían fijado ya de un modo solemne los derechos individuales, y a causa de ello consideraron que era tanto menos necesaria una declaración de derechos, cuanto que la concepción del pueblo americano, respecto a los derechos de los individuos, estaba ya expresada en algunos principios de la declaración de independencia. No obstante, en 1789 fueron añadidos 10 artículos a la Constitución de la Unión, que vienen a ser como un *Bill of Rights* para todos los americanos. El principio de la división de poderes se encuentra allí formulado del propio modo que en los Estados particulares. La Constitución sólo puede modificarse mediante un procedimiento complicado, y las minorías pueden fácilmente estorbar todo cambio, porque para llevarlo a cabo es preciso el asentimiento de los dos tercios de ambas cámaras y de las tres cuartas partes de las legislaturas de los Estados. No existe la aceptación directa por el pueblo, pero mediante la posibilidad de un asentimiento expresado en las convenciones particulares, tanto en la Unión como en los estados miembros que

[41] Véanse las indicaciones detalladas en Ellis Paxon Oberholtzer, *The Referendum in America* (Publications of University of Pennsylvania), Filadelfia, 1893, p. 41 y apéndice.

[42] Véase Bryce, *The american commonwealth*, I, pp. 667 ss. Hameson, *A Treatise on constitutional convention*, 4ª ed., Chicago, 1887, § 479.

[43] Con excepción del estado de Delaware, donde para modificar la Constitución no es preciso el asentimiento del pueblo, y de la Carolina del Sur, donde este asentimiento se lleva a cabo entre dos acuerdos de las legislaturas. Oberholtzer, pp. 41 y 42.

[44] *Cons. of the C. of Australia*, art. 128. También ha influido en estas prescripciones el derecho suizo, según el cual se exige la conformidad del pueblo, en la mayoría de los Estados, de igual suerte que en el *Commonwealth* para ser sancionada una modificación.

hayan de ratificar la Constitución, se da lugar a una aprobación indirecta por aquél.[45]

En América es donde ha de buscarse el origen de nuestras actuales constituciones escritas, y por esto se les debe prestar más atención a estas constituciones. La Revolución francesa acepta la idea americana, y de Francia se extiende a los demás Estados europeos.

e) Desde antes existían leyes fundamentales escritas en distintos Estados europeos. Ya hemos hablado de las cartas de libertades medievales, que más tarde habrán de considerarse como leyes. En los tiempos modernos se ha considerado el tratado de paz de Osnabruk como ley fundamental del imperio. En Suecia existe desde 1634 la *Regeringsform,* en la que se regulan las relaciones entre el rey y las clases sociales. Posteriormente ha sido modificada varias veces, pero forma aún hoy, según la redacción de 1772, el fundamento de la Constitución de Finlandia.[46] Pero por mucho que estas leyes sueco-finlandesas puedan parecerse a una Constitución moderna, diferéncianse de éstas en que como otras análogas existentes en algunos Estados, descansan sobre el principio de una diferenciación de clases, y, por consiguiente, significan una separación entre *rex* y *regnum.* La concepción de un Estado unitario con un centro del que recibe su forma fundamental y que debe a su vez determinar los límites del individuo no existe en estas leyes. De igual modo, a pesar de las teorías del derecho natural, no surge en el continente la exigencia de una declaración de derechos. Es cierto que se encuentran asegurados algunos derechos individuales antes del siglo XVIII en leyes dictadas por los monarcas absolutos, o en resoluciones tomadas por las propias clases sociales, o en los tratados de paz (como sucede, por ejemplo, con los derechos de los distintos partidos religiosos en el tratado de paz de Osnabruk); pero esto no obstante, todas estas leyes tienen un carácter circunstancial y no son una declaración de principio, ni mucho menos se proponen regular la esfera total de los derechos públicos del individuo. La obra de más influjo de la literatura política de la segunda mitad del siglo XVIII, el *Contrato social,* era enemiga, por su tendencia, de una declaración de derechos por la Constitución. Y mediante su exigencia de que todos los individuos reconociesen una religión civil, negaba el más importante y fundamental de todos los derechos individuales: el de la libertad religiosa.[47]

[45] Constitución de los Estados Unidos, art. 5°. Hasta ahora no ha tenido lugar una decisión de esta naturaleza por convención.

[46] Véase acerca de esto Aschehoung, *Das Staatsrecht der Vereinigten Königreiche Schweden und Norwegen* (en el *Manual de Marquardsen),* pp. 7 ss. El texto de la Constitución finlandesa de 1772 puede hallarse en *La Constitution du Grand-Duché de Finlande,* París, 1900, pp. 41 ss.

[47] Véase *supra,* p. 43. Asimismo, para el derecho de asociación, véase *Erklärung des Menschen und Bürgerr.,* p. 7.

Una serie de circunstancias hicieron nacer en Francia antes de la reunión de los Estados Generales, así lo prueban los *Cahiers*, la exigencia de una Constitución escrita como base del Estado. La idea de la soberanía popular y la que nace de ella y más tarde formuló Sieyès, a saber: que el *pouvoir constituant* reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como *pouvoir constitués*, necesitan derivar su existencia y competencia del poder constituyente, y la necesidad de organizar claramente este orden de relaciones, han tenido una parte esencial en la creación de la primera Constitución francesa. El modelo de los americanos no ha tenido escaso influjo en Francia. Las instituciones de los americanos despertaron en Francia, a causa de la hermandad en las armas, una atención vivísima, y la literatura hizo una gran propaganda de las constituciones de América.[48] Excitado por este modelo, y especialmente por el *Bill of Rights* de Virginia, habían exigido ya algunos *Cahiers* una declaración de derechos, y Lafayette presenta una proposición de este carácter a la Asamblea Nacional. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 es el primer resultado de la legislación constitucional.[49]

La primera carta constitucional aparecida en Europa es la preparada lentamente durante los años 1789-1791, y publicada y encerrada finalmente en un solo instrumento único como Constitución francesa el 3 de septiembre de 1791. Es verdad que la Constitución polaca de 1791 lleva fecha anterior, pero en realidad, esta carta, en aquello que no tiene un carácter antiguo, depende completamente de las leyes constitucionales que hasta entonces se habían publicado en Francia

Esta Constitución francesa toma como modelo en muchos puntos a la americana, si bien se distingue de ella esencialmente. La diferencia principal no debe buscarse en la oposición entre el régimen republicano y el monárquico, porque la monarquía era ya en aquel entonces en Francia una apariencia vacía, y la situación del rey era más débil que la de un presidente o gobernador. La declaración de derechos afirmó que lo americano, el principio de la separación de los poderes, era esencial a la Constitución; pero en esta Constitución el poder legislativo está de tal suerte colocado, que el ejecutivo le está subordinado completamente, ya que sin aquél no puede éste llevar a cabo ninguna acción importante. Además, el parlamento se compone de una sola cámara, y todo elemento que pudiera entorpecer la legislación es rechazado; de suerte que en realidad se trata de una soberanía ilimitada del parlamento; esto y no la doctrina

[48] Véase G. Koch, *Beitrage zur Geschichte der politischen Ideen*, II; *Demokratie und Konstitution (1750-1791)*, 1896, pp. 205 ss.; Duguit, *La séparation des pouvoirs*, pp. 13 ss.; Aulard, *Histoire politique de la Révolution française*, París, 1901 pp. 19 ss.

[49] Véase Jellinek, *Erklärung des Menschen und Bürgérrechte*, pp. 7 ss.

inglesa es lo que triunfa en aquella Constitución. Según la doctrina de Montesquieu y el modelo americano, queda prohibida a los miembros de la Asamblea Nacional la entrada en el ministerio,[50] lo cual no contribuye ciertamente a fortalecer la situación de la corona, sino antes al contrario, ayuda a la victoria de la anarquía y a la ruina de la Constitución.

El *pouvoir constituant* no se atribuye a la asamblea popular, sino exclusivamente al parlamento; pero se busca la estabilidad de la Constitución y la reunión del pueblo en la revisión constitucional, prohibiendo que durante las dos próximas legislaturas se modifique la Constitución, y se exige para después que tres legislaturas consecutivas propongan por unanimidad la modificación, y en este caso se elegirá una cámara revisionista con un número de miembros superior al de las otras legislaturas, no concediéndose al rey el derecho de sanción respecto de sus acuerdos.[51]

Las constituciones posteriores de la época revolucionaria fueron más consecuentes al desarrollar el principio de la soberanía del pueblo, pues exigieron la sanción de éste siempre que se hiciera una nueva Constitución. De suerte que el poder constituyente es considerado, no sólo en su sustancia, sino también en su ejercicio, como correspondiendo a la nación misma.[52]

El influjo de la Constitución francesa de 1791 fue muy profundo. Ha servido de prototipo a todas las constituciones que descansan sobre un principio democrático. Así, las Cortes españolas de 1812 y la Constitución de esta fecha, la portuguesa de 1822 y la noruega, aún en vigor, de 1814, fueron creadas tomando aquélla por modelo, y la misma Constitución belga de 1831 está muy influida en muchos puntos, por la misma.

No menos importancia han tenido las posteriores constituciones francesas. La elaborada por la Convención en 1793, la del Directorio de 1795, y, por último, la Constitución de la época consular de 1799, la cual muestra ya, en general, cuál ha de ser el tipo de Constitución del primer imperio. La Constitución del 24 de junio de 1793 no ha dejado de tener influjo en épocas posteriores, pues a ella se debe la implantación del sufragio universal, y es la que introduce la aprobación facultativa de las leyes por el pueblo; por lo cual, esta Constitución es la que funda en Europa dos temas del problema de la democracia, de los cuales el primero ha tenido un gran ascendiente práctico en el último tercio del siglo XIX, y el segundo ha sido realizado en la Constitución suiza, si bien ha tomado como base instituciones indígenas. La Constitución del Directorio introdujo el sistema bicameral, que no ha desaparecido en Francia, salvo

[50] Constitución de 1791, tít. III, cap. II, sec. IV, art. 2°; véase Duguit, *Séparation des pouvoirs*, p. 9.
[51] Constitución, título VII.
[52] Borgeaud, *Établ. et rév. des Const.*, pp. 428 ss.

la breve duración de la segunda República. Aquella Constitución —a causa de la enorme resonancia que los experimentos constitucionales franceses tenían en la Europa continental— ha llegado a tener una extraordinaria importancia. La propia Constitución del primer imperio ha extendido sus efectos más allá de Francia, pues fue imitada en algunos Estados particulares de Alemania en la época de la Confederación del Rin, y con ella aparece por vez primera en Alemania, si bien en una forma algo pobre, el principio constitucional.[53] Todas estas constituciones, incluso la de 1791, eran consideradas formalmente como leyes de un carácter superior, y así se expresa, al requerir para éstas la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana. El acta efímera adicional de la época de los 100 días que debía conceder una Constitución a la Francia imperial fue igualmente sancionada mediante un plebiscito.[54]

Todas estas constituciones descansan, como la primera francesa, sobre el principio de la soberanía popular. La Constitución del imperio es, en este sentido, del mayor interés, porque es cesarista, esto es, responde a la concepción romana de la *lex regia,* mediante la cual el *populus,* que forma el Estado, traspasa al César el poder que a él mismo le corresponde, y de este modo adviene el César único representante del pueblo. El cesarismo es en realidad una monarquía absoluta con apariencia de instituciones constitucionales, en la cual la autoridad del emperador es exaltada extraordinariamente, ya que, en virtud de las facultades representativas que se le conceden, cada uno de sus actos puede ser proclamado como acto del pueblo. De un modo más consecuente ha desarrollado la concepción cesarista la Constitución del segundo imperio, en la que Napoleón III se declara magistrado responsable del pueblo a cuya voluntad podía apelar por la vía del plebiscito,[55] y cuya actuación era necesaria cuando se tratase de modificaciones importantes en la Constitución.[56] A consecuencia de esto, los ministros, conforme con el tipo americano, no podían ser nunca miembros del cuerpo legislativo,[57] y eran exclusivamente responsables ante el emperador, que es al que corresponde toda la responsabilidad como representante supremo del pueblo.[58]

Aún más amplia y profunda eficacia que las constituciones de la Revo-

[53] Véase G. Meyer, pp. 137 ss.

[54] Duguit-Monnier, p. LXXXV.

[55] Sobre el plebiscito bonapartista, véase Borgeaud, pp. 261 ss. Esmein, *Droit Constitutionel,* pp. 263 ss.

[56] Const. del 14 de enero de 1852, art. V, 32.

[57] Const., art. 44.

[58] Const., art. 13. *"Les ministres ne dépendent qui du chef de l'État: ils ne sont responsables, que chacun en ce qui le concerne, des actes du Gouvernement; il n'y a point de solidarité entre eux; ils ne peuvent être mis en accusation que par le Sénat."*

lución francesa fue la que alcanzó la de la restauración de la monarquía francesa. Los nuevos principios se encuentran en la carta constitucional de Luis XVIII, del 4 de junio de 1814. En primer lugar, la Constitución tiene el carácter de una concesión voluntaria por parte del rey[59] y toma como punto de partida jurídico que originariamente todo el poder del Estado descansa en el rey, pero que, no obstante, puede concederse al pueblo una participación en su ejercicio. De esta suerte, queda opuesto por vez primera el principio monárquico al principio democrático,[60] lo cual es una novedad en lo que toca a la posibilidad constitucional de la limitación del monarca, pues todas las anteriores constituciones europeas y americanas descansaban sobre una teoría que pretendía tener validez absoluta para todos los Estados, a saber: que el pueblo era originariamente el titular del poder constituyente. La situación del rey aparece preponderante, incluso en la acción legislativa, ya que solamente a él compete la iniciativa de las leyes.[61] Es de no menor importancia el que la carta tomase como modelo las relaciones inglesas. Así como hasta este momento los efectos de la América republicana son los que se han hecho sentir en la legislación constitucional, a partir de este instante la legislación que se toma como tipo es la de la antigua monarquía inglesa, pero de una manera enteramente distinta de la forma en que la doctrina de Montesquieu la brindara como modelo de los Estados constitucionales. Cuando principia la carta comienza la teoría constitucional francesa fundada con autoridad por B. Constant, que considera las constituciones inglesas como el modelo a imitar por Francia; esta doctrina adviene, en el curso de su propaganda, el derecho natural constitucional del partido liberal. Es de gran importancia que la carta rechace la separación exigida por la doctrina de Montesquieu y las ideas americanas entre el parlamento y el ministerio, así como que asigne a la corona el derecho a disolver la cámara de diputados.[62] Con esto abre el camino para que se pueda instaurar un régimen parlamentario según el modelo inglés.

No obstante estar inspirada la carta revisada después de la revolución de julio en la carta precedente, y haber tomado muchos artículos literalmente de ésta, su base fue enteramente distinta, pues no era la obra exclusiva del rey, sino que respondía a una conformidad entre el rey y el

[59] La expresión *Constitución* dejó de usarse intencionalmente, y se le sustituyó con el término *Charte*, en recuerdo de las antiguas cartas francesas.

[60] Véase *supra*, cap. XIV, 5.

[61] *Charte Const.*, art. 16. Las cámaras sólo pueden rogar que se presente una ley; art. 19.

[62] *Charte*, art. 50. Las primeras constituciones francesas hasta el *Senado consulto*, de 14 Termidor, año 10, no reconocían el derecho a la disolución de las cámaras. El primer imperio concedió esta facultad no al emperador sino al senado. Véase Matter, *La dissolution des Asamblées parlementaires*, París, 1898, pp. 62 ss. También es una imitación inglesa la cámara de los pares establecida por la carta, la cual a su vez sirvió de modelo para establecer en otros muchos Estados esta primera cámara.

parlamento. No se abandona de una manera expresa el principio monárquico, pero no se dice ya, Luis Felipe rey por la gracia de Dios, sino que se llama rey de los franceses, y no, como se titulaban los Borbones, rey de Francia y de Navarra. De conformidad con las modificaciones que habían experimentado las relaciones entre la corona y el parlamento, se atribuye a éste también el derecho de iniciativa. Lo que durante el periodo de la restauración fue a veces una posibilidad realizada —el régimen parlamentario— aparece ahora como una necesidad política, que desde este momento pasa a ser dogma del programa del derecho natural constitucional.[63]

Sobre los puntos más importantes para el derecho constitucional formal, calla completamente la carta, en especial sobre lo relativo a su modificación. Por eso necesita el jurista deducir de aquí que la Constitución no distingue entre leyes simples y leyes constitucionales, esto es, que en este punto concuerda con las opiniones inglesas. Si la Constitución es una concesión graciosa del rey, no se comprende por qué se habrían de necesitar garantías especiales para su modificación. Si la iniciativa de las leyes corresponde exclusivamente al rey, la voluntad de éste ofrece garantía suficiente de que no ha de depender la seguridad de la ley de la voluntad de una mayoría en las cámaras. De hecho, las principales modificaciones realizadas en la Constitución bajo Luis XVIII se debieron a la iniciativa del gobierno en las cámaras en la forma que era usual para las demás leyes.[64]

Bajo el influjo de la Carta de Luis XVIII, se ha formado la mayor parte de las constituciones de los estados alemanes en la época de 1814-1848. Especialmente las constituciones de los estados del sur de Alemania, promulgadas en los años 1818-1820, son las que han traído a Alemania este tipo de Constitución, que fue adoptado más tarde, después de la revolución de julio, por varios de los grandes estados del centro y norte de Alemania.

Las afirmaciones de estas constituciones son: el principio monárquico, el sistema bicameral con una primera cámara aristocrática, la iniciativa de las leyes reservada al gobierno, el derecho de disolver la cámara electiva concedido al monarca y, por último, el principio de la responsabilidad

[63] En el año 1830, en el periódico de oposición *Le National*, fundado para combatir el régimen personal de Carlos X, apareció el artículo famoso del entonces joven Thiers, en donde se decían estas frases: *"Le roi règne, les ministres gouvernent, les chambres jugen"*, y de aquí nace el siguiente dogma: *"Dès que le mal gouverner commence le roi ou les chambres renversent le ministère qui gouverne mal et les chambres offrent leur majorité comme liste des candidats"*. Véase Duvergier de Hauranne, x, p. 398.

[64] Así, por ejemplo, la ley de 9 de julio de 1824, mediante la cual se introdujo, en vez de la renovación parcial de la cámara de diputados, la renovación integral de la misma. Duguit-Monnier, *Const.*, pp. 211 ss.

ministerial. En otros muchos puntos se enlazan con las antiguas instituciones constitucionales de los brazos o estados, de suerte que no puede considerarse de ningún modo a estas constituciones como meras copias de la carta. Además, a diferencia de la carta, reconocen formas que dificultan la modificación de la Constitución, con lo que muestran separar marcadamente las leyes simples de las constitucionales. Estas fórmulas que exigen, se refieren a la deliberación y al voto en las cámaras; claro es que en estas constituciones no se habla del asentimiento del pueblo, según el modelo americano-francés, porque contradice de un modo manifiesto el principio monárquico. Frecuentemente considéranse las constituciones no meramente como concesiones del monarca, sino acordadas de conformidad con los antiguos brazos, por lo cual en la literatura del derecho político de la época de la federación germana, encuéntrase muy generalizada la distinción entre constituciones otorgadas y constituciones pactadas, pero a esta distinción no concedían gran importancia los publicistas de autoridad en el derecho federal alemán.[65]

Además de las constituciones alemanas mencionadas, existen el *Grondwet* holandés del 24 de agosto de 1851; la Constitución polaca del 25 de diciembre de 1815, la efímera Constitución española del 10 de abril de 1834 y, sobre todo, el Estatuto fundamental del reino de Cerdeña, que después ha sido la Constitución del reino de Italia, todos los cuales están profundamente influidos por la idea esencial de la carta. La ley fundamental austriaca sobre la representación del imperio, promulgada el 26 de febrero de 1861, cuéntase entre las constituciones que han sufrido el influjo de la carta, pues le sirvieron como modelo las constituciones alemanas.[66]

f) Inmediatamente después de la revisión de la Carta francesa, fue publicada por la asamblea nacional constituyente del joven Estado belga la Constitución de 7 de febrero de 1831. En ella se advierte tanto el influjo de la Constitución francesa de 1791 y de la carta revisada, como de las antiguas instituciones indígenas. El principio sobre el que descansa es de

[65] Véase H. A. Zachariae, I, pp. 286 ss.

[66] A pesar de los influjos de modelos extraños, tiene la Constitución austriaca una forma jurídica peculiar. La de febrero sólo es un estatuto del Reichsrat y sobre la organización de los países particulares; no era, pues, un documento que abarcase los fundamentos de todo el derecho público. También la ley fundamental del Estado, de 1867, prescindiendo de la ordenación particular que ha subsistido en cada país, se desvía completamente del tipo usual de documentos constitucionales. La Constitución del reino está formada, no por una ley, sino por cinco leyes fundamentales, a las que hay que añadir aún la que se refiere a los asuntos comunes con Hungría. Esta suerte de legislación constitucional ha sido después aplicada en Francia en la época de la tercera república. La actual Constitución francesa no está formada por un solo instrumento, sino que se encuentra constituida por las tres leyes constitucionales de 1875. Los franceses invocan como analogías las constituciones de los dos imperios, las cuales hubieron de formarse mediante senados-consultos sucesivos, pero nunca se trató en ellos sino de adiciones o modificaciones a una Constitución ya existente. Véase Esmein, *Droit Const.*, pp. 462 ss.

un modo manifiesto el democrático, pues todos los poderes proceden de la nación, y al rey le corresponde el poder sólo en cuanto le es delegado de un modo expreso por la nación para que lo ejercite.[67] A pesar de esto, el rey de Bélgica posee todos los derechos esenciales de los monarcas. Políticamente, y en realidad, el poder dominante es el parlamento, porque en esta Constitución no se concede lugar alguno al pueblo para exteriorizar su voluntad. No ya de la letra de la Constitución, sino de las relaciones reales de los dos órganos inmediatos del Estado, relaciones que no pueden ser medidas jurídicamente, nace la necesidad de un régimen parlamentario. Los derechos parlamentarios de las cámaras relativos a las cuestiones financieras, al ejército y a los tratados hechos por el Estado, tienen más importancia en esta Constitución que en las demás de aquella época. Se contiene de otra parte en este código fundamental una amplia declaración de derechos, que en la carta francesa y en las constituciones de los demás Estados que tomaron a ésta por modelo, está limitada a algunos puntos. Esta Constitución de un pequeño y nuevo Estado neutral remplaza en popularidad a las constituciones francesas, y adviene el ideal constitucional de la época siguiente. Singularmente sirve de modelo en los años 1848-1849; sufren su influjo la Asamblea Nacional y el Reichstag en Francfort, Berlín y Viena-Kremsier, las cuales se atribuyen el poder constituyente e intentan elaborar una Constitución sobre la base de principios democráticos. También la actual Constitución prusiana del 31 de enero de 1850, la austriaca del 4 de mayo de 1849, la ley fundamental del Estado aún en vigor, del 21 de diciembre de 1867, las leyes húngaras de 1848, las leyes fundamentales de los Estados particulares alemanes, promulgadas o revisadas después de 1848, y aun la propia Constitución del imperio alemán, sufren en más o en menos medida el influjo de la Constitución belga. Finalmente, sobre la propia Francia ha reobrado también, pues la república parlamentaria ha necesitado orientarse en la concepción política de la monarquía parlamentaria.

g) Los Estados del Norte, Suecia y Dinamarca, se han aproximado igualmente en sus constituciones al tipo francés-belga, si bien ambos, especialmente Suecia,[68] han alcanzado resultados de gran importancia mediante la evolución de sus constituciones. Por el contrario, los nuevos

[67] Acerca de esta delegación sin trascendencia jurídica, véanse Vauthier, *Das Staatsrecht des Königsreichs Belgien* (Manuales Marquardsen), pp. 19 ss. Véase además Smend, *Die preussische Verfassungurkunde im Vergleich mit der belgischen*, 1904, pp. 48 ss.

[68] La actual Constitución sueca del 22 de junio de 1866 conserva muchos y muy importantes elementos de los antiguos estados o brazos. Lo cual se pone de manifiesto, por ejemplo, en la forma peculiar como se lleva a cabo la sanción, en la concesión de los impuestos, en el libre derecho que tiene el rey de legislar sobre las cuestiones económicas y en la fiscalización de la dirección del Estado mediante el Riksdag, etc. Véase Aschehoug, *Das Staatsrechts der Vereigneten Königsreich Schweden und Norwegen*, en el *Handbuch des Öff. Rechtes*, especialmente pp. 13 ss., 63 ss. y 108 ss.

Estados de la península de los Balcanes han tomado como tipo las constituciones usuales. La historia constitucional de Suiza, lo mismo en lo que respecta a la federación que a los cantones, se ha desenvuelto de una manera original. Las instituciones, especialmente, que se refieren a la legislación directa por el pueblo, se han formado en ella de una manera peculiar, aun cuando se echa de ver el influjo de las ideas americanas y francesas. Que la formación federal de la confederación está influida por ideas americanas, se muestra en la organización del Consejo de los Estados, en el que, de igual suerte que en el Senado americano, cada Estado miembro (cantón) tiene dos diputados.

No obstante la recepción de las concepciones jurídicas de los países extranjeros, toda Constitución debe ser explicada según los principios del derecho indígena. Así, la Constitución prusiana y la austriaca, a pesar de los influjos de la belga, descansan sobre el mismo principio que las antiguas constituciones alemanas, o sea el predominio del monarca. De igual suerte, la Constitución del imperio alemán debe interpretarse atendiendo a su evolución histórica interna, y no según ideas abstractas del derecho natural constitucional. Los hechos históricos que sirven de base a cada Constitución particular no podrían modificarse ni siquiera mediante la aceptación consciente del derecho extranjero.

2. La importancia de las constituciones en el derecho contemporáneo

Si se observan las constituciones actuales, se advierte lo siguiente: que en tanto unos Estados poseen un documento constitucional, otros carecen de él. Los primeros hacen derivar la Constitución del pueblo mismo —bien por las asambleas populares, bien por las representaciones del pueblo— o del príncipe, y otros las consideran como resultado de un pacto entre ambos elementos del Estado. La mayor parte de las constituciones imponen formalidades que dificultan su modificación. Consisten éstas, en las constituciones que descansan sobre la idea del poder constituyente del pueblo, bien en el acuerdo directo del pueblo, ya en la disolución de las cámaras o en la consulta de los electores, o bien en la revisión por cámaras convocadas especialmente para ello. De otra parte, las decisiones que tomen las cámaras que hayan de modificar la Constitución, ha de llenar infinidad de requisitos extraordinarios, entre los cuales se cuenta la de una mayoría superior a la que ordinariamente se exige; existen además infinidad de combinaciones que desempeñan un papel importante, por ejemplo: a menudo se requiere el acuerdo repetido en varias legislaturas consecutivas. Las formalidades que reviste la modificación

de la Constitución en el imperio alemán son muy singulares. Estas modificaciones pueden ser acordadas en el Reichstag mediante una mayoría simple, pero pasan a la decisión del Bundesrat, el cual puede rechazarlas si 14 votos se muestran contrarios a la modificación. El valor y la significación de estos medios ha de ser objeto de examen en cada caso.

Existe, por el contrario, un número de Estados que poseen constituciones escritas, y que no exigen formalidades que dificulten las modificaciones de aquéllas. Tales son Italia y España, así como algunos pequeños Estados alemanes.[69]

El concepto de ley constitucional es totalmente extraño a los Estados que no tienen Constitución escrita, como Inglaterra y Hungría; pero aun en estos Estados existen ciertas leyes de una significación suprema, como acontece en Inglaterra con el *Bill of Rights* y el *Act of Settlement*, y, a pesar de las muchas lagunas jurídicas, la literatura inglesa habla de una Constitución y de una historia constitucional de su país.

Pero ¿cuál es el contenido de la Constitución en aquellos Estados que poseen una carta constitucional? En general, la respuesta consiste en hacer notar que comprende aquélla los principios de la organización del Estado y de la competencia de éste, así como los fundamentos acerca del reconocimiento del derecho de los súbditos.

Pero no podría establecer, a pesar de sus exigencias, la propia teoría del derecho natural, un límite estricto entre las leyes constitucionales y las leyes simples. Aún menos puede esto mostrárnoslo la práctica constitucional; para comprenderlo así, basta echar una ojeada a las innumerables cartas constitucionales que se han publicado desde hace un siglo. Hay muchas que no abarcan ni siquiera todo el derecho constitucional en sentido material.[70] Además, en tanto que en unas se incluyen disposiciones minuciosas relativas al derecho electoral para la designación de miembros de las cámaras y las formas en que se han de llevar a cabo los asuntos parlamentarios, es en otras todo ello objeto de leyes especiales. En unas se contienen principios jurídicos relativos a la adquisición y pérdida de la nacionalidad, situación de los municipios dentro del derecho público, y en otras hay un silencio completo respecto de estos problemas. En unas se incluyen disposiciones minuciosas acerca de la hacienda, de

[69] Sajonia —Meiningen, Sajonia—, Altenburg, Anhalt, Reuss (la rama joven).

[70] Así, por ejemplo, la ley actualmente en vigor del 15 de octubre de 1850 sobre la revisión de la Constitución de Sajonia-Weimar no menciona ni al príncipe ni a la dinastía. La Constitución del ducado de Anhalt la constituye pura y exclusivamente una Constitución del territorio. La Constitución de Baden no nombra la regencia, y las disposiciones en vigor en Austria y Hungría sobre la mayoría de edad y la regencia no han sido publicadas. Entre las constituciones francesas, la *Charte* no contiene ninguna disposición acerca de la sucesión al trono, y en cambio, las actuales leyes constitucionales de este país no mencionan los derechos fundamentales.

la organización de las autoridades del Estado, de la extensión de los derechos de libertad individual, y en otras sólo algunas breves frases acerca de estas cuestiones. A menudo coexisten disposiciones importantes con otras que carecen de todo valor,[71] en tanto que, de otra parte, las reglas acerca de la organización del Estado es preciso irlas a buscar a veces en leyes simples. Existen grandes Estados cuya carta constitucional es sumamente breve, y otros pequeños en que es muy extensa.

Esta imposibilidad de distinguir las leyes constitucionales de las simples de otra suerte que por signos exteriores ha dado origen en nuestro tiempo, en los países de constituciones escritas, a consecuencias singulares. Por desconfianza de las legislaturas y de las mayorías dominantes en ella, se ha sustraído a los parlamentos un gran número de cuestiones de la legislación simple en los Estados miembros de la Unión americana, y se les ha atribuido a la legislación constitucional, entre ellas algunas que en Europa ni siquiera son objeto de leyes, sino de decretos.[72] A consecuencia de esta disminución en la labor legislativa ordinaria, las constituciones de muchos Estados han llegado a ser pequeños códigos, y en la mayor parte de ellos el periodo de sesiones anuales de la legislatura ha dejado de existir y sólo tiene lugar cada dos años. Como la legislación constitucional está sometida a formalidades difíciles y es necesario para llevarla a cabo el consentimiento del pueblo, resulta éste un medio adecuado para estabilizar las leyes y sustraerlas al arbitrio de las mudables mayorías. También desempeña un gran papel en este proceso de las constituciones la consideración de que el juez puede declarar nulas las leyes simples, pero no las leyes constitucionales, a menos que vulneren los principios de la Constitución federal.[73] Puede decirse que, prácticamente, no tiene límite alguno esta extensión de las constituciones.

La nota jurídica esencial de las leyes constitucionales radica exclusivamente en la superioridad de su fuerza como leyes, desde el punto de vista formal.[74] En aquellos Estados en que las constituciones ni por su fijación ni por su modificación se distinguen de una manera especial, carecen éstas de toda significación práctica en la vida del derecho.[75] Por esto, aque-

[71] Véanse las disposiciones de la Constitución del imperio acerca del *controle* sobre las tarifas de los ferrocarriles (art. 45); la prohibición de la Constitución federal suiza de sangrar a los animales (art. 25) y el principio contenido en la Constitución prusiana sobre la competencia del Estado para garantir a los maestros de escuela un sueldo fijo. (Véase Laband, *Archiv. f. öff. Recht*, IX, p. 274.)

[72] Véase Bryce, *op. cit.*, t. I, pp. 490 ss.; Oberholtzer, pp. 44 ss.

[73] Véase Jellinek, *Recht der Minoritäten*, p. 20, n. 36.

[74] Laband, II, p. 235, y *Archiv. f. öff. Recht*, IX, p. 273, Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 262.

[75] Véase para Italia Mancini Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, 1887, pp. 165 ss. Véase además Brusa, *Das Staatsrecht des Königreichs Italien* (en el *Handbuch des öff. Rechts)*, el cual, en la p. 14, afirma que la Constitución puede modificarse mediante el procedimiento legislativo ordinario. De otra parte, acostúmbrase en Italia a llevar a cabo

llos Estados que no establecen distinción formal alguna dentro de las leyes, son más consecuentes cuando rechazan el nombre de documento constitucional para una colección de leyes. En estos Estados existe también un cierto número de instituciones fundamentales, a las que, por virtud de causas históricas, políticas y sociales, se les atribuye mayor firmeza que a otras. La situación de la corona, sus relaciones con las cámaras, la reunión de éstas, las facultades de los ministros, etc., no están en estos Estados sometidos a mayores cambios que los que sufren en los países que poseen leyes constitucionales formales.

Atendiendo a la existencia o ausencia de estas leyes, se han dividido las constituciones, en su sentido material, en rígidas y flexibles;[76] el grado de rigidez aumenta a medida que hay más dificultad para poner en movimiento el aparato modificador de las constituciones. Los dos puntos extremos los representan la Constitución de la Unión americana y la inglesa. Tan difícil es la modificación de la Constitución americana, que en el curso del siglo XIX sólo se le han hecho cuatro adiciones a la Constitución.[77] Desde hace más de 30 años ninguna de las enmiendas presentadas ha llegado a ser ley. Esto plantea una cuestión, la de saber qué sistema es mejor, si el de las constituciones rígidas o el de las flexibles.

En defensa del primer sistema, que a causa de su origen puede denominarse americano, puede alegarse que favorece la permanencia de las constituciones y protege a las minorías de la dominación inconsiderada de las mayorías absolutas. Son de gran importancia práctica estas formalidades que oponen obstáculos, especialmente allí donde faltan elementos retardatarios de la actividad legislativa o, de existir, carecen de fuerza. Los Estados monárquicos con sistema bicameral no han menester de estas medidas tanto como las democracias, y es muy característico del sentido político de los americanos que, no obstante tener el senado y estar dotado de veto el presidente y los gobernadores, hayan elaborado todo un sistema de dificultades para la legislación constitucional. Se debe hacer notar que la institución democrática del *referendum* constitucional en los estados miembros de la Unión americana, y en Suiza y sus cantones, significa, precisamente, un elemento retardatario. Las asambleas populares ejercitan en tales casos una función sancionadora, y por esto

elecciones generales antes de modificar la Constitución, sin que esta consulta a los electores esté prescrita en ninguna ley.

[76] Véase Bryce, I, p. 361, y de este mismo autor, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, II, pp. 145 ss.

[77] En el primer siglo en que ha estado en vigor la Constitución de la Unión (1789-1889), nada menos que 1 736 enmiendas han sido presentadas, pero de ellas sólo han alcanzado fuerza legal 16; de éstas, las 10 primeras corresponden a la primera sesión del congreso de 1789; véase Ames, "The proposed Amendments to the Constitution of the U. St. during the first century of its history". *Annual Report of the American Historical Association for the Year*, 1896, II, pp. 307 ss.

le corresponde tanto a él como a los monarcas el derecho de rechazar, el cual, políticamente, tiene más significación que el de otorgar el asentimiento. La experiencia ha enseñado que, mediante la votación directa del pueblo, es más frecuente rechazar las leyes que el que se les niegue en las monarquías mediante la sanción.

Por el contrario, el sistema inglés de las constituciones flexibles tiene también sus ventajas, ya que en todo tiempo y sin dificultad puede adaptarse la legislación a las necesidades y relaciones existentes, y sobre todo, porque este sistema puede abrir el camino para que se reconozcan los obstáculos que oponen las leyes y se puedan llevar a cabo las modificaciones necesarias, en vista de las relaciones reales de poder entre los órganos superiores del Estado. Desde el año 1688, Inglaterra ha modificado profundamente su constitución material, y sin embargo, estas modificaciones no se han expresado en ninguna ley. El gobierno parlamentario del gabinete no sólo no ha sido fijado en una ley, sino que las leyes que prohíben un gabinete junto al *privy council* del rey no han sido hasta ahora anuladas, sino que han caído en desuso, a causa de la fuerza creadora del derecho consuetudinario constitucional, fuerza que ha sido reconocida en Inglaterra. Por esto consideran con razón los ingleses que su Constitución no escrita, que se adapta constantemente a las relaciones políticas y sociales, es un derecho realmente vivido, en tanto que en las constituciones escritas, mientras más rígidas son ellas, mayor es el abismo que se establece entre el derecho vivo y la letra muerta de la ley.

Una cosa es indudable: que las constituciones escritas rígidas no pueden evitar que se desarrolle junto a ellas y contra ellas un derecho constitucional no escrito; de suerte que aun en estos Estados, junto a los principios constitucionales puramente formales, nacen otros de índole material. Esto se verá más claro con los ejemplos que siguen:

En el imperio alemán, el Bundesrat está formado por los representantes de los miembros de la confederación, a los cuales tan sólo corresponde el derecho de presentar proposiciones al mismo. El emperador alemán no es miembro de la confederación en cuanto emperador sino como rey de Prusia. El canciller del imperio, si no es al propio tiempo mandatario de Prusia, no puede, según el texto de la Constitución del imperio, presentar ninguna proposición. El ministerio prusiano no puede hacer elaborar una gran parte de las leyes relativas al imperio, sino que las llamadas a ello más bien son las autoridades de aquél, que están sometidas al canciller. Por esto, una gran parte de las proposiciones se presentan por el Präsidium en nombre del emperador, esto es, mediante el canciller del imperio, al Bundesrat, y el número de las proposiciones hechas en nombre del emperador supera a las presentadas en nombre de Prusia. Sólo de esta manera resulta garantida así la independencia

de Prusia como la del gobierno del imperio. De aquí que la Constitución del imperio haya experimentado una modificación importante, sin haber sufrido ninguna en su texto.[78]

En los Estados Unidos de América se lleva a cabo el principio de la separación de los poderes, de tal suerte, que ningún secretario de Estado puede asistir a las sesiones del congreso. Así pues, toda relación oficial entre el congreso y el gobierno resulta imposible. Las dificultades de una situación tal son muy manifiestas. El gobierno que se halla en posesión de un conocimiento amplio de las cuestiones que tiene que resolver no puede hacer oficialmente declaraciones acerca de ellas. De aquí ha nacido la práctica de los comités parlamentarios permanentes, a cada uno de los cuales corresponde un departamento del gobierno. Mediante los presidentes de estos comités, se ponen en relación los secretarios de Estado con el congreso, presentan leyes, y la prohibición establecida en la Constitución de las relaciones entre el congreso y el gobierno queda modificada de este modo, lo que implica, sin duda alguna, un cambio constitucional.[79] Las constituciones rígidas, por consiguiente, no pueden evitar la formación de nuevos principios jurídicos constitucionales de carácter material. Al ejemplo antes citado, podrían añadirse otros muchos.[80]

Un caso muy frecuente de modificación constitucional en las constituciones llamadas rígidas es el que se lleva a cabo valiéndose de leyes simples o resoluciones. En la mayor parte de los Estados donde no se asigna al juez el derecho de comprobar si las leyes concuerdan materialmente con la Constitución, no hay garantía alguna, por más que digan las teorías jurídicas, de que no se promulgue una ley que contradiga los principios del derecho constitucional y modifique la validez jurídica de la Constitución. Muchos ejemplos de diversos Estados podrían comprobar este aserto. Por lo que respecta al imperio alemán, se podría mencionar, entre otros casos,[81] el denominado cláusula de Frankenstein, mediante la cual la institución de la matrícula de la contribución está en contradicción con el artículo 70 de la Constitución del imperio, porque es elevado a institución permanente y se opone al artículo 38, ya que el

[78] Véase G. Meyer, p. 435, n. 11; Haenel, *Studien*, II, p. 42; R. Fischer, *Das Recht des deutschen Kaisers*, 1895, p. 50. La opinión contraria, representada singularmente por Seydel, como hace notar G. Meyer con justicia, no está de acuerdo con las relaciones reales. La gran importancia práctica de la iniciativa del emperador la ha razonado también profundamente Laband, *Die Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, 1895, pp. 19 ss., no obstante negar su existencia jurídica formal.

[79] Boutmy, *Études*, pp. 150 ss.; Bryce, I, p. 394; Woodrow Wilson, *Congressionel Goverment, a Study in american polities*, 13 ed., Boston, 1898, pp. 114 ss. y 262 ss.

[80] Para los Estados Unidos de América, véase Bryce, I, pp. 359-399, que señala tres modos de cambiar la Constitución: enmienda, interpretación y elaboración mediante el poder del Estado y el derecho consuetudinario.

[81] Laband cita innumerables, II, p. 36.

producto de estos impuestos, con deducción de 130 millones de marcos, es entregado a los Estados particulares.[82] Dada la modificación material que estas leyes hacen experimentar a las constituciones, no hay garantía alguna de que se observen las formas prescritas para las transformaciones de la Constitución. Para modificar a su vez las leyes que ocasionen tal reforma, no se puede exigir de ningún modo que se siga el procedimiento de la modificación de las constituciones.[83]

No sólo mediante leyes, sino por sencillas resoluciones parlamentarias, puede llevarse a cabo una modificación constitucional. En las constituciones flexibles, donde la competencia de los órganos del Estado no está precisada de manera taxativa, se puede crear un nuevo derecho merced a las resoluciones parlamentarias. Por los *Standing Orders* y resoluciones de la cámara baja inglesa, se ha llegado a modificar de una manera fundamental la situación de esta cámara respecto de la de los lores. De esta misma manera ha sido modificado a menudo el derecho electoral, negándose la elegibilidad de los jueces.[84] Pero también con las constituciones rígidas es posible, si bien dentro de límites mucho más estrechos, la creación por la vía de resoluciones parlamentarias de una cámara, de un derecho fundamental *praeter legem* y *contra legem*. La Constitución prusiana, por ejemplo, nada dice respecto al juramento de la Constitución por los miembros de la cámara, y el reglamento de ésta declara, en cambio, que la negativa a prestar el juramento a la Constitución impide el poder tomar asiento en dicha cámara.[85] El reglamento de las dos cámaras del imperio austriaco despoja del derecho de voto a sus presidentes, sin que la ley les autorice a ello.[86] Como en estos casos no existe medio jurídico alguno para dar validez a las prescripciones constitucionales, resulta que, en tanto permanezcan en vigor estos reglamentos, crean normas de una naturaleza análoga a las leyes por las cuales la Constitución se modificara, pero sin que respetasen estas leyes las formas de la modificación de la Constitución.

[82] Véase Haenel, *St. R.* I, p. 383; G. Meyer, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrecht*, 2ª ed., II, 1894, p. 398, n. 8; Laband, *Wandlungen*, pp. 26 ss. La ley del 14 de marzo de 1904, que modificaba esta Constitución, ha hecho desaparecer tal contradicción.

[83] Véase Laband, II, p. 37.

[84] Véase May, *Treatise on the Law of Parliament*, 10ª ed., 1893, pp. 550 y ss.; Hatschek, *Engl. Staatsr.*, I, pp. 366 ss.

[85] Reglamento de 16 de mayo de 1876, párrafo 6º.

[86] Reglamento de la cámara de diputados de 2 de mayo de 1875, § 64, y Reglamento para la cámara de senadores, de 25 de enero de 1875, § 53.

XVI. LOS ÓRGANOS DEL ESTADO

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Toda asociación necesita de una voluntad que la unifique, que no puede ser otra que la del individuo humano. Un individuo cuya voluntad valga como voluntad de una asociación debe ser considerado, en tanto que subsista esta relación con la asociación, como instrumento de la voluntad de ésta, es decir, como órgano de la misma.

La idea de que las acciones de un hombre no sólo valen como acciones de tal, sino, además, como acciones de una corporación a la cual pertenece, no nació primeramente en juristas que hubiesen alcanzado un alto grado de cultura, sino que corresponde, por el contrario, a un grado social rudimentario, cual es el de los pueblos salvajes, y aún hoy las concepciones populares están muy influidas por esta idea a causa del ascendiente que en ella tienen las nociones primitivas. Originariamente, toda acción con influjo exterior llevada a cabo por un miembro de un grupo social se reputaba como acción del grupo mismo. El crimen cometido por un individuo se considera llevado a cabo por la familia, los parientes y la tribu a que pertenece el que lo ha cometido. Del propio modo acontece en las primitivas concepciones religiosas, según las cuales, la asociación se considera como una unidad de carácter religioso frente a los dioses, los cuales le conceden la felicidad o el castigo, y los pecados de los padres se transmiten a los hijos, y los actos de los individuos recaen sobre todo el pueblo. Durante largo tiempo se ha mantenido esta primitiva concepción en las relaciones enemigas de los pueblos civilizados, y a pesar de todas las atenuaciones del derecho y de la costumbre, continúa aun hoy siendo la guerra, en realidad, una forma de la responsabilidad de los individuos.

En la visión usual de la vida, desempeñan aún un papel increíble las ideas primitivas de las acciones colectivas de los grupos sociales ejecutadas por sus miembros. Familias, razas, naciones, confesiones, clases sociales, profesionales, etc., son para muchos las inmediatamente responsables de las acciones de sus miembros. La individualización de los juicios de las acciones humanas ha sido siempre criterio de muy pocos.

Es indispensable tener siempre presente este hecho histórico y psicológico para comprender que mediante la concepción de los órganos de las asociaciones de ningún modo nos colocamos en el terreno de las fic-

ciones jurídicas, el cual, en general, ha sido abandonado por la jurisprudencia. La idea de que la actividad de los grupos puede ser representada por los individuos constituye el fundamento de la actividad asociativa y precede a toda jurisprudencia. El aspecto colectivo de las acciones humanas fue reconocido, en general, antes que el aspecto individualista. Cuanto más bajo es el nivel de cultura de una época, más amenazados se sienten de fuera los grupos y tanto más necesario es al individuo, para protegerse y conservarse, sentirse, como tal individuo, miembro inmediato de un grupo, y el exigir derechos, pero sólo en calidad de miembro de aquél. Es resultado de una revolución muy honda el que el individuo se sienta conscientemente igual al grupo y con un poder opuesto al de éste que debe ser reconocido con los mismos derechos. La síntesis, por consiguiente, que hacemos hoy al reconocer las existencias de unidades corporativas, descansa no sólo en la reflexión científica sino también en las formas originarias de la conciencia humana, hasta donde nosotros podemos conocerlas retrocediendo históricamente.

La evolución progresiva de las ideas jurídicas y políticas nos enseña a diferenciar de un modo necesario la actividad individual de la actividad colectiva. Al individuo, como tal, cada vez le son atribuidos más derechos individuales y, por consiguiente, se ve sometido a una mayor responsabilidad individual.[1] Junto a esta esfera de la actividad individual existe también en los grupos organizados un círculo de acción de las asociaciones mismas. No es posible reconocer jamás una acción exclusivamente individual en los miembros de una asociación, sin hacer que peligre la asociación misma, pues la existencia de una voluntad humana inmediatamente atribuible a la asociación es una nota esencial a la existencia de ésta.

Cuando en los tiempos antiguos o en pueblos de un grado primitivo de cultura, se encuentran grupos organizados, o sea, lo que denominamos asociaciones, la organización principia siempre por un puro hecho. La primera reglamentación de una organización y la designación de un órgano, en una palabra, la conversión de la organización en una relación jurídica, no aparece sino en un estadio superior de cultura, lo cual no impide que las personas elevadas a órganos, ya por sus propios méritos, bien a causa de las costumbres, aparezcan, en virtud de la fuerza jurídica de los hechos, ante la conciencia jurídica primitiva, como los poseedores legítimos de la situación que ocupan. La afirmación repetida tan a me-

[1] Es muy interesante el advertir la separación progresiva que se ha ido estableciendo en el derecho penal entre la responsabilidad individual y la colectiva. Así, por ejemplo, la división del Wergeld en algunas razas germánicas en Erbsühne y Magsühne: la primera la había de satisfacer el autor y pasaba a la familia del muerto, y la segunda, había de ser pagada por la tribu a la del difunto. Véase Schröder, *Rechtsgeschichte*, p. 80.

nudo de que jamás se ha encontrado entre los hombres una situación que no sea Estado, tiene este aspecto de verdad: que los hombres siempre han vivido formando grupos sociales mejor o peor organizados.

Pero la organización es un fenómeno infrahumano, se encuentra en un gran número de animales superiores. Los rebaños de animales de la clase de los mamíferos no sólo viven en comunidad, como los insectos, dominados por los instintos, cuya psicología ha sido sobrestimada, sino que además forman grupos organizados. Brehm pinta del siguiente modo la vida social de los monos: en la horda, el más fuerte o el más antiguo de los machos se erige en guía o director. Esto no sucede por obra del voto general, sino después de una lucha muy encarnizada con los demás pretendientes, esto es, con los otros machos viejos... En cambio de esto cuida fielmente de la seguridad de su bando, y está en una constante actividad. Dirige su mirada a todas partes, no confía en nadie, y de esta suerte descubre casi siempre en tiempo oportuno el peligro que se presenta.[2] La designación de vigías, que en casos dados puedan dar señales de alarma, existe en un gran número de estas hordas de animales.

Las formas múltiples de las organizaciones primitivas en la familia y en la raza han tenido todas ellas sus causas ocasionales, causas que hoy no podemos fijar. Así, por ejemplo, nos es hoy imposible comprobar qué participación han tenido las distintas clases de supersticiones en las formas primarias de las relaciones sociales. Tan pronto como una forma de organización se fijó de un modo permanente, alcanzó en la conciencia de los miembros de esa asociación el carácter de una organización normal subsistente por el derecho. El primitivo carácter efectivo de la organización se muestra aún hoy en las revoluciones políticas, o en los casos en que la Constitución no determina nada, por ejemplo: instauración de una regencia sin que esté prevista legalmente, o cuando faltan las personas llamadas por las leyes, o cuando se ha agotado una dinastía sin que con antelación se haya escogido una nueva o bien la desaparición de todas las personas que pueden llamarse a una presidencia, sin que, conforme a la Constitución, sea posible una nueva elección durante el periodo presidencial. En ambos casos, tanto cuando está en oposición con el derecho, como cuando no hay norma jurídica, nos hallamos con una nueva organización u órgano nacido de un poder no legitimado según la Constitución, y con el cual, posteriormente, vuelve a solidarizarse de nuevo el orden jurídico.

Mediante la cultura, salvo los casos excepcionales antes mencionados, se enlaza indefectiblemente el proceso efectivo de la organización con las normas jurídicas, de suerte que la designación del individuo como órgano

[2] *Tierleben*, 3ª ed., I, p. 47. Véase también Darwin, *Abstammung des Menschen*, I, pp. 95 ss. Ziegler, *Naturwissenschaft und Sozialdem. Theorie*, pp. 182 ss.

sólo puede tener lugar sobre la base de una designación llevada a cabo de acuerdo con el orden jurídico. Además, la competencia de los órganos y el modo como éstos han de exteriorizar su voluntad, las condiciones bajo las cuales pueden exigir para ésta validez jurídica, necesitan estar determinadas por los principios del derecho. Es necesario un orden jurídico en todas aquellas circunstancias en que hay colaboración de varios órganos, y existe colegialidad de éstos cuando su voluntad necesita expresarse mediante un proceso jurídico de las acciones de una pluralidad de voluntades individuales.

La organización de hecho y la organización jurídica, incluso en las situaciones culturales en que predomina el Estado, pueden chocar, como lo prueban las asociaciones prohibidas y las agrupaciones para fines delictivos, las cuales, a menudo, tienen una organización muy complicada, pero carecen sin duda alguna de carácter jurídico.

Vamos a ocuparnos en las páginas que siguen de los órganos de la asociación más comprensiva y perfeccionada: de los órganos del Estado.

2. Las distintas clases de los órganos del Estado

De la propia naturaleza del Estado, esto es, del hecho de tener el carácter de una asociación organizada, se sigue necesariamente la existencia de órganos del Estado. Un Estado sin órganos es una representación que no puede psicológicamente llegar a existir, es decir, equivale a anarquía, por lo cual resulta una *contradictio in adjecto.*

El Estado moderno requiere una pluralidad de órganos. Ordenarlos y reducirlos a tipos fijos es una necesidad que no puede menos que cumplir la ciencia.

a) Los órganos inmediatos

1. En todo Estado existen necesariamente órganos inmediatos cuya existencia es lo que determina la forma de las asociaciones, y cuya desaparición, o desorganiza completamente al Estado, o lo transforma fundamentalmente.[3] Tales órganos se llaman inmediatos, porque su carácter de órganos es una consecuencia inmediata de la constitución de la asociación misma. Es decir, que de cualquier suerte que se establezcan

[3] Véase *Gesetz u. Verordnung,* pp. 206 ss. Gierke concibe de otro modo el concepto de órgano inmediato; él comprende bajo esta denominación aquel que no está subordinado a otro ni es responsable ante él, *Schmollers Jahrbuch,* VII, p. 1142. Pero los órganos inmediatos pueden ser también órganos responsables, como lo prueba, por ejemplo, la situación de los miembros de las cámaras y la de los presidentes de las repúblicas.

estas asociaciones, estos órganos no están obligados, en virtud de su cualidad de tal, hacia nadie, sino sólo y de un modo inmediato con respecto al Estado mismo. Su situación radica en la organización de la propia asociación, a tal punto que, sólo mediante ellos, puede la asociación advenir activa.[4]

Órganos inmediatos pueden ser los individuos. Un solo hombre puede reunir en sí todo el poder del Estado, con exclusión de las demás personas. El tipo del Estado que sólo tiene un órgano inmediato es la monarquía absoluta; pero también puede existir un colegio de personas físicas, y ser un órgano inmediato al que corresponda el mismo poder que al monarca absoluto; así acontece en todas las formas de república, tanto en aquellas en que domina una pequeña minoría, cuanto en aquellas en que la autoridad corresponde a la democracia absoluta. Son además órganos colegiales inmediatos los parlamentos.[5] Los miembros de tales colegios tienen siempre el carácter de órganos, y en este sentido ostentan la propiedad de órganos parciales. Pueden poseer también, finalmente, las asociaciones, el carácter de órganos inmediatos. El caso más importante relativo a esto es el Estado federal, en el que los estados particulares que lo forman son al propio tiempo órganos del Estado que resulta de la unión.

Los órganos inmediatos nacen, o porque el orden jurídico enlace de un modo directo la cualidad de órgano a ciertos hechos jurídicos, como acontece con el monarca al descender de una determinada persona, por su situación en el orden de la sucesión, o por haber desaparecido el último que ocupara el trono. El carácter de órgano en el miembro votante de una comunidad popular de un Estado organizado democráticamente es un hecho que depende del sexo y de determinadas condiciones de edad, etc., que la Constitución precisa. En ocasiones, es necesario un acto particular, ordenado por el derecho, para la producción de un órgano de naturaleza jurídica. Por último, las personas que llevan a cabo los actos de creación son ellas mismas órganos: *órganos de creación.* Estos órganos sólo pueden ser activos conformándose con un proceso prescrito por la Constitución. Sus acciones corresponden a los fundamentos materiales

[4] Véase *Gesetz u. Verodn.*, pp. 207-208.

[5] Que los partidarios de la teoría del dominador *(Herrscher)* nieguen la naturaleza de órgano al parlamento, es muy natural; también Zorn, *Literaturzeitung,* p. 882, el cual está muy próximo a esta teoría, niega a la representación del pueblo alemán, teniendo en cuenta sus orígenes, la propiedad de órgano inmediato. ¿Por qué no habían de poder crear los monarcas absolutos, en virtud de su poder, un órgano inmediato que proveyese en lo futuro a cuestiones cuya competencia le fuera encomendada? Los hechos jurídicos de carácter histórico deben servir para esto, a saber: para hacer comprender la medida, pero no para hacerla ininteligible. Este último sostiene una doctrina, según la cual, la actual actividad parlamentaria es concebida como una desviación del poder monárquico. La doctrina que prevalece hoy es aquella que considera las cámaras como órganos inmediatos del Estado. Véase entre la literatura moderna Anschütz, *Enzyklopädie,* II, pp. 551-559.

del orden del Estado. Los órganos de creación de los órganos inmediatos tienen ellos mismos este carácter, y su actividad creadora puede adoptar múltiples aspectos. Hasta que Pablo I hubo de publicar la orden de sucesión al trono, el emperador ruso nombraba, mediante testamento, desde la época de Pedro *el Grande,* a su sucesor, con lo cual funcionaba como órgano de creación del futuro titular de la corona. Todos los órganos creados mediante elección o por nombramiento han menester de una actividad creadora análoga a las antes mencionadas. Todas las monarquías electivas tienen necesidad de un colegio electoral como segundo órgano inmediato junto al soberano. El resultado político de esto es que en todos los Estados que poseen varios órganos inmediatos se establece una oposición entre el órgano electoral y el monarca, por existir en el órgano de creación la tendencia inmanente a alcanzar permanentemente superioridad política sobre el elegido, como acontecía en muchos reinos de la Edad Media y particularmente en las relaciones entre los príncipes electores y el emperador romano, sobre todo después de la Bula de Oro. Esta dependencia podía ser tan amplia que sólo quedase al elegido una aparente existencia de órgano inmediato, especialmente si el colegio electoral se atribuía, frente al elegido, el derecho a deponerlo, o si tenía este derecho. Pero también puede ser asegurada constitucionalmente la superioridad del elegido, como lo prueba la situación en que se encuentran en la Iglesia el obispo respecto del cabildo y el papa en relación con los cardenales. Este último caso es extraordinariamente interesante, desde el punto de vista político, porque en el Estado-Iglesia, ambos órganos inmediatos, papa y cardenales, se crean recíprocamente como acontece aún en la Iglesia.

La actividad de los órganos de creación está limitada jurídicamente —en tanto que ellos tienen este carácter de órgano— al acto de creación.

Una distinción análoga a esta de órganos de creación y órganos creados, e igualmente de importancia suma, es la de órganos primarios y secundarios. Órganos secundarios son aquellos que se encuentran, con respecto a otro, en relación orgánica y lo representan de una manera inmediata. El órgano primario representando sólo puede exteriorizar su voluntad mediante el órgano secundario, y la voluntad de éste debe ser considerada como la voluntad inmediata del órgano primario.

Este tipo lleva en sí todo género de representaciones políticas. Los parlamentos, cualquiera que sea la forma como se les elija, son órganos inmediatos, pero secundarios. Su voluntad vale como voluntad del pueblo: esto es, como voluntad del órgano primario que representa. Esta representación será, a causa de su enorme importancia en los Estados modernos y de las innumerables cuestiones que suscita, objeto de un capítulo especial.

Son órganos secundarios también aquellos que, en casos extraordina-

rios, intervienen para ejecutar las acciones de un órgano; por ejemplo: las regencias. Un órgano secundario puede estar además representado por otro; que, por este hecho, viene a ser como un órgano secundario de segundo orden. Ofrecen un ejemplo de esto las delegaciones del Reïchrats austriaco y del Reichtag húngaro. Estas delegaciones son elegidas por ambos parlamentos y ejercen atribuciones legislativas para ambos países, dentro de la competencia que les confiere la Constitución. Como estas comisiones no están obligadas por instrucciones que les hayan sido dadas, ni han de dar cuenta a sus electores, se encuentran respecto del parlamento en la misma relación en que se encuentra éste con relación al pueblo: son representantes de representantes.

Otra distinción importante es la que hay entre órganos *simples* y *potenciados:* es simple el que por su cualidad misma de individuo se ve llamado a ser titular de un órgano; potenciado, aquel que lleva unida su cualidad de órgano de un modo permanente a la de ejercer funciones de órganos, de modo que reúnen en su persona jurídicamente varios órganos. Estos órganos últimos revisten distintas formas; en el Estado organizado por clases iba unida, por ejemplo, la posibilidad de tomar parte en la Dieta de los Estados a la cualidad de órganos: ser obispo, alcalde, rector, etc.; los dos vicarios del imperio eran, al propio tiempo, miembros del colegio de los electores. Era preciso, para formar parte de los *círculos* imperiales, ocupar un lugar entre las clases imperiales. Aún hoy es frecuente que sea necesario, para ser miembro de una cámara, gozar de una determinada cualidad de órgano. En los municipios se requiere a menudo la condición de consejero para poder ser miembro de una junta.

Esta oposición de órganos, de que acabamos de ocuparnos, puede especialmente desempeñar un gran papel en el Estado federal y en la confederación de Estados, como se ve muy bien en el imperio alemán. La confederación de gobiernos, que está al frente del imperio, recibe su cualidad de órgano del mismo —como participadora en el poder del imperio— de su carácter de gobierno de los Estados respectivos. El rey de Prusia es, a su vez, emperador de Alemania, y su cualidad de órgano del imperio descansa en su carácter de órgano supremo del Estado prusiano, siendo, por tanto, el título de emperador un anejo de la corona de Prusia. Por esto, para juzgar de las cualidades personales que ha de tener el titular del imperio alemán, no habrá de acudirse al derecho político alemán, sino al prusiano. El rey de Baviera nombra los miembros bávaros del Bundesrat, y mediante ellos tiene seis votos en esta cámara, o sea, en virtud de su dignidad real, que lo faculta para ejercer los derechos que le confiere la Consiitución del reino de Baviera como miembro del imperio. Tiene, pues, el rey de Baviera, en el imperio, el carácter de órgano de éste, por ser el órgano supremo del Estado bávaro.

Otra división que se hace es la de órganos sustantivos o independientes y órganos dependientes.[6] Órganos independientes son aquellos que pueden exteriorizar una voluntad que tiene fuerza para obligar inmediatamente al Estado y a sus súbditos; en cambio, los órganos dependientes carecen de esta fuerza obligatoria. La voluntad de los órganos dependientes puede limitar, en cambio, la de los órganos independientes, de modo que sea necesario el consentimiento del órgano dependiente para que tenga todo su valor jurídico el acto de voluntad del órgano independiente, o que el acto de voluntad del órgano independiente tenga necesidad del consentimiento posterior del dependiente, de donde la negativa del consentimiento puede llevar consigo diversos efectos jurídicos. Este carácter es el que poseen, al menos las más de ellas, las cámaras de los Estados alemanes, así como el Reichstag del imperio.

Por último, debemos hacer notar la distinción entre órganos normales y extraordinarios; esto es, aquellos que sólo en circunstancias extraordinarias entran en actividad. Este carácter es el que ostentan las personas investidas del poder supremo durante un interregno, tales como los regentes en las monarquías y los gobiernos provisionales en las repúblicas. Tienen el carácter bien de órganos inmediatos usuales creados y previstos por la Constitución, bien de órganos creados para casos concretos, lo que lleva consigo siempre una modificación constitucional.

2. La naturaleza de los órganos inmediatos muéstrase jurídicamente en que no pueden estar sometidos jamás al poder de mando de otro órgano de la misma asociación, esto es, que en lo que toca al contenido de su función, es completamente independiente; por esto el tipo más simple del Estado es aquel que sólo tiene un único órgano inmediato, y le sigue aquel cuyo órgano no se compone de órganos parciales, siendo, por tanto, una persona física. La monarquía absoluta es, pues, la forma más simple y rudimentaria del Estado, por lo cual es para muchos, aún hoy, la única completamente comprensible.

Si en un Estado existe una variedad de órganos inmediatos, son posibles dos casos: que todos sean independientes, o que junto a éstos haya otros dependientes. Los órganos inmediatos independientes están siempre dotados de un poder de autoridad estatista, que falta a los órganos dependientes. En este caso, la relación de los órganos independientes con los dependientes es clara y sencilla, correspondiendo a aquél el carácter de supremo. Cuando hay varios órganos independientes, el caso es muy otro, pues entonces se necesita establecer una limitación recíproca entre los órganos, o de lo contrario, adviene inevitable una lucha política entre ellos, cuyo fin habrá de ser la aniquilación completa de unos por otros, o

[6] Véase *Gesetz und Verordnung*, pp. 207 ss.

la disminución del valor de algunos, de suerte que sólo les quede una existencia aparente, o bien puede ocurrir que se conviertan en órganos dependientes, o, por último, que varios órganos se fundan en uno. Los órganos independientes, coordinados, con competencia igual o concurrente, amenazan siempre a la unidad del Estado, y no pueden por tanto coexistir a la larga. La diarquía romana de príncipe y senado, el emperador del Sacro Imperio y la Dieta, el parlamento y el rey de Inglaterra, ofrecen ejemplos de Estados en los que tales luchas de órganos se han llevado a cabo, y en los que el resultado ha sido menguar la capacidad de unos en beneficio de otros, lo cual no siempre ha alcanzado su expresión en una forma jurídica. En todo Estado existe el impulso por concentrar el poder en un órgano, pues todo órgano independiente pugna por alcanzar el poder supremo y sólo la oposición de los demás órganos puede impedirle alcanzar éste su objetivo. En tales luchas logrará un órgano, al fin, ser el más poderoso, mas no por ello serán los otros totalmente anulados. Respecto a esto, no es posible formular principios generales, sólo existen relaciones concretas aplicables a Estados particulares. El ejemplo preeminente acerca de esta cuestión nos lo ofrece la historia constitucional de Inglaterra, en donde se muestra la transformación gradual que se ha ido operando en la situación de la corona y de las cámaras de los lores y de los comunes, no obstante haber permanecido sin modificación su organización externa.

Respecto a este punto, conviene afirmar de nuevo la oposición radical entre el modo de considerar las cuestiones jurídica y políticamente. La exigencia política de que la unidad del Estado se manifieste también en la unidad de un órgano supremo, porque de este modo los conflictos interiores son más fáciles de prever, conduce a menudo al principio falso de que se necesita concentrar en un órgano todo el poder jurídico del Estado. Sólo aquellas teorías inexactas del Estado que identifican a éste con uno de sus elementos, el soberano o el pueblo, son las que se ven conducidas a estas consecuencias a causa de las premisas falsas que les sirven de punto de partida. Pero la naturaleza de la doctrina corporativa del Estado rechaza enérgicamente esta afirmación, que en muchos casos no es sino un eco de la doctrina fatal de la doble soberanía: la de la *majestas realis* y *majestas personalis*.

Es exacto, sí, que el Estado necesita una voluntad única, pero no lo es que esta voluntad haya de ser la de un solo órgano. Si se conviene en que en las repúblicas el poder del Estado puede ser concentrado en un colegio, cuya unidad de voluntad procede de los actos voluntarios de varios individuos, no se ve la razón por la cual la unidad de la voluntad no ha de poder ser fundada en la de varios órganos, independientes unos de otros. Un ejemplo de esto lo ofrecen las ciudades alemanas de la Hansa, las cuales

declaran expresamente en sus constituciones que el poder del Estado pertenece, en común, al senado y a los ciudadanos. Si en el sistema bicameral la voluntad del parlamento representa una unidad formada por la voluntad separada de la primera y de la segunda cámara, no se comprende por qué razón no habrían de poder constituir un acto de voluntad común el rey y el parlamento, tal como lo hace la teoría oficial inglesa, para la cual ambos forman la unidad productora de la más alta voluntad del Estado. Además, es posible que la idea de la unidad del Estado no encuentre en las organizaciones estatistas una expresión suficiente; lo que, por otra parte, era lo que acontecía en los Estados de la Edad Media, y aun en los Estados jerarquizados u organizados por clases en la época moderna.[7] La unidad del Estado es hoy aún la exigencia más importante y principal respecto a la organización de éste; pero no por ello, por ser un concepto necesario, dogma del derecho natural, se habrá de aplicar a todas las instituciones posibles del Estado. En los Estados que descansan sobre el principio de la división de poderes hay casos que no pueden ser concordados con el principio de la unidad del mismo.[8]

No es, pues, necesario que todo el poder del Estado adquiera su expresión en un solo órgano competente. Bajo el influjo de la doctrina del derecho natural, se ha introducido en las constituciones el principio de que el poder total del Estado descansa ya en el pueblo, ya en los monarcas; pero estos principios no son normativos, sino de naturaleza teorética. El problema de la crítica científica consiste en probar su valor de verdad, del propio modo que las ciencias investigan con completa libertad acerca de la veracidad parcial o total de otras definiciones legales. Pero aquí aparece de nuevo la doctrina de la doble soberanía, como causa de todas estas oscuridades. La concepción de que necesita haber en el Estado hombres

[7] Véase Merkel, *Jur. Enzyklopädie*, § 392; G. Meyer, *Staatsr.*, p. 18; Haener, *Staatsr.*, p. 92; Rehm, *Staatslehre*, p. 194, expresa esta misma opinión, pero trata de apoyarla en la doctrina de las formas mixtas del Estado, la cual principia a ser popular en la Antigüedad con Platón, y especialmente mediante Polibio y Cicerón, doctrina que tuvo gran influjo más tarde. Ahora bien, las formas mixtas del Estado expresan una idea política y no jurídica, nacida para representar un Estado concreto como Estado normal. Así es como busca, Polibio en Roma y los nuevos apologistas de estas doctrinas ya en Inglaterra, bien en las monarquías constitucionales en general, la mejor forma de Estado, en una combinación justa de los tres elementos políticos: el monárquico, el aristocrático y el democrático. Esta doctrina lleva el sello característico de las especulaciones políticas abstractas, lo que fue ya advertido por Tácito, si bien de un modo deficiente. Toda teoría de una mezcla de tipos implica una concepción superficial de éstos. En la literatura jurídica moderna se distingue entre formas mixtas de Estados, o Estados que tienen varios órganos inmediatos, y los que sólo poseen uno. Véase H. A. Zachariae, I, pp. 86 ss.

[8] Véase, respecto a los Estados Unidos, Bryce, I, 294; *"There is in the American government, considered as a whole, a want of unity. Its branches are unconnected; their efforts are not directed to one aim, do not produce one harmonious result"*. [Considerado el gobierno americano como un todo, se halla necesitado de unidad. Sus ramas carecen de conexión; sus esfuerzos no están dirigidos a un fin, y no producen, por tanto, un resultado armónico.]

a quienes por derecho corresponde la soberanía de éste, es una posición ideal que, no obstante las muchas contradicciones que encierra, ha sido aun abandonada de un modo consecuente por muy pocos;[9] esto es nueva prueba de cómo perviven, en fuerza de la tradición histórica, concepciones que parecen superadas. No todos los que se burlan del derecho natural están libres de sus cadenas.

En el capítulo sobre las formas del Estado se encontrarán observaciones más minuciosas acerca de esta importante materia, observaciones que no hayan sido incluidas en el capítulo sobre la soberanía.

3. Otra teoría que está en relación con la que acabamos de refutar y que se encubre bajo el manto de un principio jurídico es aquella que considera que la existencia del titular del poder del Estado está sobre todos los órganos del mismo. Dicho titular es el Estado y no otro.[10] Si se tiene en

[9] Véase *System der subj. öff. Rechte*, p. 141, n. 6. En la literatura moderna esta concepción errónea está representada por Triepel, *Das Interregnum*, 1892, pp. 64 ss. y 70; Zorn, I, pp. 88 ss., según el cual el titular de la soberanía es la personalidad ideal del Estado, la cual debe transferir el ejercicio de la misma a una persona natural. Ahora bien, de qué modo ha de llevarse a cabo en general esta transferencia, resulta completamente incomprensible. Si Zorn hubiera de ser consecuente, habría de convenir de un modo franco y libre con la teoría de Seydel-Bornhak del dominador, pues la "personalidad ideal del Estado" no aparece en su concepción del Estado por parte alguna.

[10] Esta doctrina está representada con toda claridad, por lo que al imperio alemán respecta, por Laband, I, pp. 95 ss., el cual, no obstante, en la p. 97, habla de los príncipes y senados de las ciudades libres de Alemania como titulares o tenedores de la soberanía. Rehm, *Staatslehre*, pp. 176 ss., exige con ciertas limitaciones, y no como considerándolo cual un concepto necesario, un titular del poder del Estado, titular que cree él encontrar en la persona o personas físicas en que se exterioriza de un modo sensible y corporal la mayor parte del poder que compete al Estado. Pero, ¿se puede ver realmente el poder de éste? ¿No es más bien la corporeidad del poder resultado de una ilusión psicológica compleja? En las grandes repúblicas, especialmente, resulta muy claro que el pueblo organizado como titular de poder no puede ser percibido sensiblemente. Con el poder del Estado acontece lo que con todos los conceptos jurídicos: que no son susceptibles de ser intuidos: nadie ha visto una compra ni un arrendamiento, por muchas que sean las personas que participen de estos actos jurídicos. El concepto, titular del poder del Estado, es además para el derecho político de la mayor parte de los Estados, sumamente dado a confusiones. Para las monarquías absolutas es para las que resulta inofensivo; para los demás Estados debe aplicarse el principio de Haenel, *Staatsr.*, I, p. 93, según el cual la doctrina de la concentración jurídica de todos los derechos del poder del Estado en un órgano fundamental descansa en una teoría política que está en contradicción con el derecho constitucional positivo Cuando G. Meyer, *Staatsr.*, p. 18, n. 10, hace observar que el concepto de titular del poder del Estado es una expresión jurídica para aplicarla a las constituciones alemanas, según las cuales el monarca reúne en sí todos los derechos del poder del Estado, se le puede contestar que este principio sólo indica que los derechos del monarca no son derivables de otro órgano, y que los derechos atribuidos a las cámaras y a los municipios no tienen al monarca como titular. La crítica no tiene por qué detenerse ante los textos constitucionales, los cuales sólo son interpretables históricamente, método que el propio Meyer ha empleado a menudo con éxito. Posteriormente Anschütz, en la *Enzyklopädie*, p. 472, y en la obra de G. Meyer, p. 17, n. 6, dice que el titular del poder del Estado sólo es un órgano especial, esto es, aquel que en casos de duda sería el único competente para ejercitar tal poder; este parecer yo mismo lo he defendido hace algún tiempo, *System der Subjectiven öff. Rechte*, 1ª ed., p. 141, n. 6. Véase 2ª ed., p. 148, n. 6. Pero esta expresión induce a error, pues

cuenta que en éste existe un titular de tal poder, se divide a aqué [illegible] corporación, de un lado, y en el titular del poder, de otro, pues, o [illegible] titular, con relación al Estado, un órgano, en cuyo caso esta des[illegible] de titular nada dice, o no es órgano, sino persona, y en este caso [illegible] independencia frente al Estado. En rigor, esto no es sino la resurr[illegible] modernizada de aquella oposición que tan conocida nos es entre [illegible] *regnum*.[11]

Todo Estado necesita un órgano supremo. Este órgano es aquel que pone y conserva en actividad al Estado y posee el poder más alto de decisión. En todo Estado es necesario un órgano que dé impulso [illegible] tividad total de aquél y cuya inacción habría de llevar consigo [illegible] la paralización del Estado. Si el pueblo americano, por ejemplo, [illegible] citase su función del voto en la Unión y en los Estados par[illegible] consecuencia sería la desorganización completa de los Estados [illegible] pues se encontrarían sin congresos, sin presidente y, por tanto, [illegible] restantes órganos. De igual modo, en las monarquías típicas [illegible] ria la actividad del monarca para poner en movimiento al [illegible] servar su vida. Por último, es preciso un órgano al cual [illegible] modo supremo el poder de decidir. Este poder es el que de [illegible] finitivo resuelve sobre las modificaciones del orden jurídi[illegible] punto de vista exterior puede poner en juego la existencia de [illegible] tud del derecho de declarar la guerra. En las democracias, [illegible] derecho al pueblo o a sus órganos secundarios; en las mo[illegible] narca. En el imperio alemán, los gobiernos de la confede[illegible] metidos al privilegio de uno de sus miembros, o sea, al órgano [illegible] la confederación.[12] Si una determinada Constitución hub[illegible]

fácilmente nos lleva a considerar que existe un titular del poder del Esta[illegible] Estado mismo; parecer que en el fondo es el de todos aquellos que exigen [illegible] poder total del Estado, aun cuando oculten esta convicción hablando de la [illegible] porativa del mismo. Todo órgano es titular del poder que él puede ejercer [illegible] tantivo, pues precisamente él representa al Estado dentro del círculo de su [illegible] el ministro es el titular del poder que radica en la facultad de refrendar, [illegible] según su sentido del deber y no en nombre del monarca; o ¿es que se quiere [illegible] ese acto del ministro es un derecho del titular de la totalidad del poder [illegible] delegado en el ministro? Véase una crítica profunda y acertada de estas doctrinas [illegible], *Die rechtliche Stellung des Parlaments*, 1901, pp. 64 ss.

[11] Por esto son consecuentes los partidarios de la doctrina de la dominación [illegible] su punto de vista, al negar el carácter corporativo del Estado, y reconocer exclus[illegible] lares personales del poder. No es sostenible la afirmación de H. Geffcken, [illegible] *des Deutschen Reiches*, 1901, p. 43, según la cual, el imperio alemán es una [illegible] cuyo poder compete de nuevo a otra persona jurídica: a los titulares de los [illegible] lares del Estado, en cuanto corporación. Esta doctrina descansa en la confusión [illegible] ceptos órgano y corporación, de la que está muy distante la teoría de la [illegible] del órgano. Esto es tanto más de sorprender cuanto que Geffcken, en las pp. 84 [illegible] lla con mucho acierto la doctrina acerca de la naturaleza de los órganos del Estado.

[12] El rey de Prusia es órgano primario del imperio; el emperador de Alemania, órgano

dos órganos supremos iguales en poder, la consecuencia habría de ser una lucha permanente entre ellos, que concluiría con la victoria del uno o la aniquilación del Estado. Muéstralo lo que aconteció con la diarquía romana y las luchas entre el príncipe y las clases sociales en la Edad Media y Moderna.

Allí donde fuera de un órgano inmediato no existen sino mediatos, el órgano supremo es sin duda el primero. Cuando cooperan órganos primarios y secundarios, la unidad del órgano inmediato es protegida, en tanto que, conforme a la idea de la representación, aparecen los actos del órgano secundario como si fuesen del primario. La ley votada por las cámaras de una república democrática vale como contenido de la voluntad popular; esto es, como si el pueblo mismo la hubiese dado. Sin embargo, dentro de los órganos inmediatos puede existir un privilegio del primario sobre el secundario, cuando ciertos actos de éste tienen validez jurídica por la sanción de aquél. Este caso se da allí donde es necesario el consentimiento del pueblo para llevar a cabo las modificaciones constitucionales y de las leyes. Este sistema significa que la autoridad para acordar determinados cambios, esto es, el poder supremo de decisión, sobre todo, en lo que toca a la Constitución, corresponde al órgano primario, que, por consiguiente, adquiere la más alta representación dentro de la organización de los órganos supremos. Donde, por el contrario, el órgano primario se limita a votar y ejercita el poder que le corresponde mediante varios actos secundarios, como ocurre en las democracias representativas, necesita existir un órgano supremo precisamente a causa de las relaciones mutuas de estos órganos relativamente independientes unos de otros. Este órgano es el legislativo, al cual solamente compete el poder supremo de decisión. En Francia, por ejemplo, el más alto órgano lo forman las cámaras frente al presidente, porque sólo a ellas incumbe

secundario. El emperador representa a los gobiernos confederados, del modo que determina la Constitución o la ley; por consiguiente, no obra en nombre propio ni es responsable ante ellos. Los gobiernos confederados ejercen el poder supremo, parte en comunidad, parte mediante uno de ellos. No es, pues, exacto considerar las facultades del emperador como derivadas (Seydel, *Kommentar zur Ver-Urkunde des Deutschen Reiches*, 2ª ed., p. 126). El propio poder del Estado en Alsacia-Lorena y en los territorios protegidos lo ejerce el emperador como representante y no como mandatario. Esta concepción del imperio es la única que permite explicar completamente la situación del emperador en el derecho político alemán, sin que la unidad de la dirección suprema del imperio sea destruida. Anschütz, *Enzyklopädie*, II, p. 548, dice que el principio (Constitución del imperio, artículo 17) de que el emperador ordena y decreta en nombre del imperio significa que obra en nombre de la patria común alemana. Se puede suscribir esta afirmación, pero no aclara nada la relación del emperador con los gobiernos confederados. Sólo explica la independencia e irresponsabilidad de éste, en la esfera de sus atribuciones, junto al órgano supremo del Bundesrat, mediante la concepción de que el emperador es el representante de la totalidad de los gobiernos confederados, en tanto que la concepción de que ambos órganos están coordinados, deja sin respuesta la cuestión del órgano supremo del imperio. Anschütz coloca realmente en un mismo plano al emperador y al Bundesrat.

las modificaciones del orden jurídico y toda la Constitución, incluso la existencia de la presidencia, depende de su voluntad ilimitada. En los Estados Unidos, en cambio, los órganos legislativos secundarios en unión con los primarios son susceptibles de modificar la Constitución, y ostentan el carácter de órganos supremos frente al gobierno. Sin embargo, ante el congreso, el presidente es el órgano más alto, a pesar de la teoría del equilibrio de los poderes, y precisamente porque sólo por un gran tacto político se pueden evitar los conflictos entre estos poderes, que descansan en el principio de la división y relación entre los mismos.[13] Finalmente, allí donde hay dos órganos completamente independientes uno de otro, y no subsumidos en la unidad de un órgano primario, que es el caso de la monarquía constitucional, es el monarca el órgano supremo.

En toda ocasión en que exista una pluralidad de órganos inmediatos, no se podrá someter uno de ellos al *imperium* de otro. El monarca es el órgano supremo frente a las cámaras, pero no puede ordenarles nada, y éstas no son responsables ante él, quien puede ponerlas en actividad, pero no determinar el contenido de ésta. Lo mismo ocurre respecto de los órganos secundarios en sus relaciones con los primarios. El pueblo de los Estados Unidos elige al presidente como representante del poder ejecutivo, que primariamente compete a él mismo. No puede comunicar ningún mandato, no tiene ningún servicio ni conoce ningún superior.

Del principio de la necesidad de un órgano superior puede hacerse una excepción en el Estado federal. En virtud del principio federativo, existe en los Estados federales democráticos, junto a la unidad constitutiva del pueblo del Estado federal, un segundo órgano primario superior, a saber: los estados. El poder jurídico para modificar la Constitución corresponde, en la Unión, a la legislatura de los estados como órganos secundarios de la misma, y en la confederación suiza, junto al pueblo helvético, al de los cantones. Por consiguiente, tanto los estados como los cantones son órganos supremos del Estado federal, los cuales, en la Unión, llevan a cabo sus funciones, conforme a la Constitución, junto a los demás órganos supremos, y en Suiza, no sólo juntos, sino en colaboración con ellos. Este ejemplo muestra hasta qué punto puede ser dotado de una competencia limitada un órgano supremo.

b) Los órganos mediatos del Estado

Son órganos mediatos del Estado aquellos cuya situación no descansa de modo inmediato en la Constitución, sino en una comisión individual.

[13] W. Wilson, *Congressional government*, pp. 270 ss.

Son responsables y están subordinados a un órgano inmediato, directa o indirectamente.[14] Su actividad respecto a la colectividad es siempre derivada.[15] Según su origen histórico, son individuos que, asociados, forman un órgano inmediato para la satisfacción de su actividad social.[16] El fundamento jurídico de su función es o el deber legal de un servicio o el contrato de servicios de derecho público. El cargo mismo no descansa ya hoy en el libre arbitrio del señor respecto de sus servicios, sino en la ordenación del Estado, la cual lleva consigo una división de competencias.

También con los órganos mediatos del Estado cabe hacer muchas de las distinciones que hemos llevado a cabo con los inmediatos, repitiéndose la oposición entre órganos independientes y dependientes, simples y de competencia múltiple. Especialmente, la distinción primera es de gran trascendencia para cuanto se refiere a la organización de la autoridad y para la oposición entre autoridades simples y colegiadas y autoridades con o sin *imperium*.

Es de una particular trascendencia la oposición entre órganos facultativos y necesarios, oposición que por vez primera ha aparecido en el Estado moderno. Órganos necesarios son aquellos que se instituyen por el jefe del Estado, conforme a la Constitución y a las leyes. En un amplio círculo de la actividad del Estado, el jefe del mismo no decide, según su libérrima voluntad, si ha de nombrar ciertas autoridades y cuáles, sino que necesita nombrar a ciertas personas. Por consiguiente, tanto en las múltiples limitaciones a que está sometido el jefe del Estado mediante la necesidad jurídica de administrar de acuerdo con las autoridades, cuanto en el deber jurídico de dejarles obrar en su nombre en el círculo propio de

[14] Por esto, el nombramiento de un órgano mediante otro no es, por sí solo, un signo necesario para que el órgano designado esté subordinado al designante. Por ejemplo: el presidente de los Estados Unidos nombra a los jueces de acuerdo con el senado, pero aquéllos son completamente independientes de él y no ejerce el presidente sobre los mismos poder disciplinario. Un juez de la Unión sólo puede ser perseguido, en caso de faltar a los deberes de su cargo, por el congreso y mediante acusación pública. Del propio modo, el concejo municipal de Hamburgo es independiente de los ciudadanos, a pesar de haber sido elegido por ellos. K. Perels, *Studien zur Hamburgischen öff. Recht*, 1912, p. 19.

[15] De esto no se sigue que el contenido de su actividad haya de derivarse necesariamente de la competencia de un órgano superior. Es de nuevo la falsa concepción de un doble titular del poder del Estado la que nos induce a considerar necesariamente la competencia de los órganos mediatos, como contenida particularmente en la esfera de la actividad de los órganos supremos. Véase esta cuestión más ampliamente tratada en el capítulo xx.

[16] Preuss, *Städt. Amstrecht*, p. 68, combate este principio porque él lo refiere a la actualidad. En efecto, la primera edición de esta obra llevaba una errata y decía: *geschaftlich* en lugar de *geschitlich;* pero si Preuss quiere referir la oposición entre órganos mediatos e inmediatos sólo al modo de su formación, entonces hace inexplicables los hechos jurídicos de subordinación y responsabilidad, la posibilidad de remplazar, en una palabra, cuanto se refiere al carácter de instrumento (ὄγϱανον) de los funcionarios en relación con sus superiores, sin lo cual no puede existir ninguna administración ordenada. Desde este punto de vista, se haría completamente imposible una institución como la del ejército.

las atribuciones de estas autoridades, radica una amplia limitación de la autoridad superior, limitación que en las monarquías y repúblicas con gobiernos parlamentarios puede llegar a la completa eliminación del poder del jefe del Estado.

En las monarquías constitucionales el lugar que se concede al ministro y al juez también significa una limitación del poder monárquico; por esto declara la concepción jurídica tradicional que en estos casos el monarca traspasa a otras personas la competencia que en principio sólo a él corresponde; mas esto no explica ni el carácter jurídico ni los efectos políticos de tales instituciones.[17] Estas últimas se muestran en que, bajo el monarca o junto al monarca, hay una burocracia dominante, que para el carácter político de la autoridad es indiferente que sea originaria o derivada. En el juicio político sobre el valor de la monarquía, ha ejercido esto un gran influjo —aunque no se haya reconocido o confesado manifiestamente—, pues se han atribuido a la monarquía muchas notas favorables o desfavorables, que en realidad dependen de la mayor o menor burocracia de los Estados monárquicos.

A los órganos mediatos que han de desempeñar una determinada función le ha encomendado un determinado círculo de atribuciones mediante leyes, decretos o instrucciones. Estas actividades políticas, objetivamente consideradas, son también designadas como órganos, lo cual es admisible, pues ni los oficios ni las autoridades son susceptibles de concebir sin relación con los hombres. El orden y la organización de las funciones constituye en sí mismo una parte esencial de la organización del Estado.

La oposición entre órganos inmediatos y mediatos se puede repetir en todas las asociaciones de derecho público; especialmente es de importancia en toda clase de municipios. La comunidad municipal, la representación y las comisiones de aquélla, son órganos inmediatos del municipio, y los funcionarios de éste, órganos mediatos. Otro tanto acontece con las innumerables asociaciones que ahora se crean mediante la moderna legislación de política social.

También para la organización del Estado son de importancia estos órganos inmediatos de las asociaciones subordinadas. Las mismas asociaciones, de cuando en cuando, en virtud de deberes de servicios impuestos por la ley, han de ejercitar determinadas funciones políticas en una relación de subordinación respecto al gobierno, adquieren el carácter de órganos mediatos del Estado. Tales obligaciones o servicios los satisfacen estas asociaciones por obra de sus órganos inmediatos, y especialmente mediante sus comisiones. Estos órganos siempre le son propios, de aquí

[17] Véase *System des subjectiven öffentlichen Recht*, 2ª ed., p. 186, y la literatura que se indica en la nota 3 de la misma página.

su carácter de órganos inmediatos de las asociaciones, y sólo de un modo mediato, esto es, en virtud de obligaciones que le son impuestas, cumple funciones estatistas. Ésta es la razón de la distinción entre funciones inmediatas y mediatas del Estado, distinción que tiene gran analogía con la de órganos simples e inmediatos del Estado y órganos de múltiple competencia.

c) La situación jurídica de los órganos del Estado[18]

Para conocer la situación jurídica de los órganos del Estado, es indispensable distinguir radicalmente entre el órgano y la persona titular del mismo. El órgano, como tal, no posee personalidad alguna frente al Estado. No existen, pues, dos personas, la del Estado y la del órgano,[19] entre las cuales haya una relación de derecho, sino que Estado y órgano son más bien una unidad. El Estado sólo puede existir mediante sus órganos. Si se eliminan éstos, no nos queda el Estado como el titular de ellos, sino que sólo nos resta, jurídicamente, la nada. Por esta razón, las relaciones de los órganos se distinguen de toda clase de representaciones; representantes y representados son siempre dos; la asociación y el órgano son y permanecen en todo momento en una misma persona.

El órgano representa al Estado, pero sólo dentro de una cierta competencia. Esta competencia puede, mediante los órganos, llegar a encontrarse frente a frente, esto es, puede haber lucha entre los órganos acerca de los límites de su competencia, y esta competencia puede sustanciarse en la forma de un procedimiento judicial, pudiendo el Estado asignar a sus órganos el papel de partes. Jamás los órganos advienen personas: jefes de Estado, cámaras, autoridades, no tienen nunca personalidad jurídica; la

[18] Véase Jellinek, *System*, 2ª ed., pp. 143 ss. y 223 ss.

[19] Este concepto procede de Gierke, en *Schmollers Jahrbuch*, VII, p. 1143. *Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtssprechung*, 1887, p. 157. En un sentido distinto y de mucha importancia, Bernatzik, *Kritische Studien Archiv. f. öff. Recht*, V, pp. 213 ss. Para la personalidad del órgano, véase, aunque no es de gran profundidad, Spiegel, *Grünhuts Zeitsrichft*, XXIV, p. 181. Haenel, *Staatsrechts*, afirma que en el círculo de los derechos públicos y de los deberes corresponde al órgano, pero no en calidad de derecho individual, sino de derecho orgánico profesional. La significación que este último concepto tenga no es explicada, sino que se limita el autor a ponerlo con letras bastardillas y espaciadas. Si Haenel con esto pretende separar estrictamente la competencia del órgano de la esfera jurídica individual, entonces coincidirá con la doctrina que aquí se expone. O. Mayer, II, p. 395, n. 2, arguye contra nuestra teoría, que la separa del representante, un contenido de voluntad, y éste no le necesita. Pero esto no es una objeción sólida; el Estado sólo necesita la voluntad que haya de representar la suya; pero él no puede obtener esta voluntad sin tomar al hombre que totalmente la representa. Así es que la disyunción de esta voluntad de la del Estado sólo puede hacerse mediante una operación lógica y no, digámoslo así, quirúrgica.

única y exclusiva corresponde al Estado. Todas las cuestiones jurídicas suscitadas entre ellos son cuestiones de competencia nacidas dentro de un solo sujeto de derecho. Por lo tanto, son cuestiones de derecho objetivo, no de derecho subjetivo.[20]

El órgano no tiene derecho alguno y sí sólo competencia política;[21] de suerte que ésta no puede constituir un derecho de personalidad para el órgano. La competencia estatista como derecho propio de la persona implica, o una división del Estado, o la afirmación de un orden jurídico superior a él; pues este derecho propio, o procede del orden jurídico estatista, y en este caso el Estado tiene ante sí un segundo sujeto, o de un orden anterior o superior al Estado; en otros términos: en una teoría insostenible fundada en principios de derecho natural. Mediante un conocimiento exacto, desaparece igualmente la doctrina del derecho, propio del monarca, al poder del Estado. Tal poder pertenece a éste, y el monarca, como tal, sólo es, en el orden estatista moderno, el órgano supremo de aquél.

El individuo, por el contrario, puede tener derecho a ocupar el lugar de órgano; esto es, al reconocimiento de órgano y a que se le admita para llenar las funciones de tal. Esta exigencia compete a todas las personas que, conforme al derecho, están llamadas a ser titulares de un órgano inmediato: monarca, presidente electivo, miembros de las cámaras, del cuerpo electoral en las democracias inmediatas, de los colegios electorales en los Estados con constitución representativa, etc. El orden jurídico regula de dos modos la situación del órgano: describe a éste en sus funciones y en sus relaciones mutuas, y da normas sobre los derechos y deberes de los individuos en relación con los órganos. La ordenación de esta organización sólo estatuye derechos objetivos, en tanto que la ordenación de su función estatuye también derechos subjetivos.

La situación del órgano tiene siempre, naturalmente, como titular a un individuo, que jamás se puede identificar con el órgano mismo. Estado y

[20] El uso lato del lenguaje es causa de que hablemos a menudo de derechos del Estado, cámaras, autoridades, lo cual no podría evitarse sin incurrir en pedantería, pues la terminología no siempre va ceñida al progreso del conocimiento científico. El uso del lenguaje no inducirá a error en este caso, si se tiene presente que el sujeto de todos estos derechos no es el órgano que ejecuta, sino el Estado. La oposición entre la competencia política y el derecho subjetivo ha sido puesta de manifiesto con mucha claridad por Anschütz, *Enzyklopädie*, II, pp. 565-566 y 570.

[21] Claro que es preciso distinguir en la actividad de titular de órgano entre lo que le corresponde como individuo y lo que le compete como órgano, pues ambos órdenes de actividad se entrelazan. No todo lo que un titular de órgano ejecuta en nombre del Estado es un acto estatista, como he hecho notar en mi obra *System*, p. 224, y en esta misma obra, en las pp. 259-260. Al Estado son atribuibles todos los actos de *imperium* y de la libre actividad directora, en tanto que, por el contrario, toda actividad subordinada al Estado, de la cual no puede o no quiere determinar el contenido, es actividad individual. Sólo se puede imputar al Estado *el qué* no *el cómo* del acto. Las objeciones que Spiegel *(op. cit.*, p. 179) opone a esta doctrina, más que refutarla, lo que hacen es confirmarla.

titular de órgano son, por tanto, dos personalidades separadas, entre las cuales es posible y necesaria una pluralidad de relaciones jurídicas. Así por ejemplo, los derechos y deberes de los funcionarios frente al Estado no son derechos y deberes del órgano, sino del titular del órgano. La retribución la recibe el titular del órgano, no el órgano, del propio modo que las penas disciplinarias se imponen a aquél, no a éste.[22]

Sólo es capaz de explicarnos la continuidad de la vida del Estado la separación entre el derecho individual y el del órgano, la cual es conceptualmente necesaria desde el punto de vista de la personalidad de aquél. De cualquier modo que se conciba la competencia del órgano como derecho individual, dado el cambio de las personas, necesariamente se rompe el nexo de las relaciones estatistas. Si el monarca, como individuo, tiene un derecho personal al poder del Estado, entonces surgen de nuevo las cuestiones relativas al orden patrimonial del Estado; por ejemplo, la de si se encuentra obligado por las acciones de gobierno de sus antecesores, por las leyes que sancionaron los que lo precedieron. Las funciones que él lleva a cabo son permanentes sólo en el supuesto de que el titular de la corona sea, no la persona física del rey, sino éste en cuanto institución.[23]

Este conocimiento no es nuevo. Ya los últimos legistas vieron con entera claridad que la persona del soberano podía morir, mas no la dignidad, que por su naturaleza es inmortal.[24] Los Estados en que la idea del Estado, desde larga fecha, vino a encarnarse en el rey, lo han introducido también en el sistema de su derecho positivo. Los franceses conocían desde antiguo la *paromia: Le roi ne meurt pas*, y en los tiempos modernos la doctrina jurídica inglesa es la que ha afirmado la perpetuidad del

[22] La inexactitud de las observaciones de Schlossmann, *Organ und Stellvertreter (Jherings Jahrbücher für das Dogmatik des bg. Rechts*, 2ª serie, VIII, 1902, p. 301), descansa en la identificación de órgano y titular del mismo, y Schlossmann cree que, desde nuestro punto de vista, serían imposibles relaciones jurídicas entre personas jurídicas y órganos. También el profundo ensayo de Preuss, para resucitar la personalidad del órgano *(Schmollers Jahrbuch*, 1902, pp. 557-558; *Städtisches Amtsrech in Preussen*, 1902 pp. 9 ss. y 56 ss., y *Jherings Jahrbücher*, 1902, pp. 432 ss.), se funda esencialmente en la indistinción entre el órgano y su titular.

[23] Lukas, *op. cit.*, pp. 17 ss., propone una doctrina especial para explicar las relaciones entre el órgano y el titular del mismo. El órgano es para él impersonal y carece de voluntad; es la institución abstracta en oposición a las personas físicas, las cuales obran en el sentido que les determina la institución abstracta. Estas instituciones existen en todo tiempo, incluso cuando faltan las personalidades concretas que ejercitan las funciones de los órganos, por ejemplo, el parlamento después de su disolución. Mas como el Estado sólo obra mediante la totalidad de las instituciones y éstas carecen de voluntad, según Lukas, el Estado mismo es, por consiguiente, una institución sin voluntad e incapaz de obrar, y, por tanto, no es persona. Esta teoría se reduce, pues, a una nueva aplicación de la antigua teoría de la persona *ficta*.

[24] Es especialmente famosa la frase de Baldus, *Consilia*, I, Cons. 27, Cons. 159, n. 4. *Imperator in persona mori potest, sea ipsa dignitas officium Imperatoris est immortale.*

rey, distinguiendo la persona de éste de la realeza. Blackstone ha dicho: "Enrique, Eduardo o Jorge pueden morir, pero el rey sobrevive a todos ellos".[25] Jamás se habla en las leyes inglesas de la muerte del rey; sólo se habla de *demissio regis vel coronae*, expresión que indica meramente una transferencia de propiedad. Para explicar la continuidad del órgano, abstracción hecha del cambio de las personas, ha nacido en Inglaterra una teoría singularísima llamada de la *sole corporation*, o sea, de la corporación, la cual sólo tiene en cada momento un miembro vivo, que forma con los miembros que le siguen una unidad. El rey está designado expresamente como una *sole corporation*.[26]

Aquel que está habituado a considerar el reino de la vida política encontrará difícil separar el derecho individual de la competencia del órgano. Para suerte del Estado, son de gran importancia las personalidades que cumplen como órganos, y sería hasta risible pretender medir con nuestros pobres conceptos de órgano del Estado figuras como la de Federico *el Grande* o Bismarck. Para comprender en su complejidad histórica la existencia del Estado, no basta el estudio aislado del derecho político, sino que es necesario el estudio completo de la ciencia del Estado.

Lo que es aplicable a los hombres más eminentes puede decirse también —aunque no con el mismo alcance— de todos los titulares de los órganos del Estado. Es necesario psicológicamente que el empleado se sienta tan identificado con su función, que llegue a estimar sus poderes u obligaciones como derechos. Las cuestiones de competencia, tan frecuentes, se explican en último término por sentimientos de esta clase. Bismarck, con su conocimiento insuperable de la vida real política, hablaba a menudo del sentimiento de independencia y particularismo "de que estaban animados en su esfera cada uno de los ocho Estados federales o ministerios, y aun cada uno de los consejos".[27] Hace resaltar justamente las malas consecuencias de estos resortes de particularismo que socavan en cada ministro el sentimiento de responsabilidad solidaria con la política general. No es, pues, un concepto vano de la jurisprudencia, dado el aspecto práctico de la vida, aquel mediante el cual pretendemos separar manifiestamente el derecho individual y la competencia del órgano. Este principio jurídico, como toda regla verdadera de derecho público, muestra más bien el camino para la conservación de ciertos beneficios importantes del Estado.

Suscitaría menos cuestiones y errores este punto si fuera posible regular como deber la competencia de los órganos. Si la afirmación, tan a menudo repetida, "los derechos públicos son deberes públicos" es en algún

[25] *"Henry, Edward, or George may die; but the king survives them all"*, I, 7, p. 243.
[26] Blackstone, I, 18, p. 469. Véase además Hatschek, *Engl. Staatsrecht*, I, pp. 61 ss.
[27] *Gedanken und Erinnerung*, II, p. 272.

momento acertada, lo es sobre todo cuando se trata esta materia. Para los más altos e importantes deberes no es aplicable la forma imperativa, porque ninguna ley puede determinar las circunstancias en que necesitan ser satisfechos. Es imposible revestir de forma imperativa la sanción de la ley o la decisión de la guerra y la paz. En la actividad de todo órgano supremo existe un elemento libre que no puede ser expresado en forma de deber y sí sólo en la de facultad. De aquí que todos estos derechos sólo sean deberes para cuyo cumplimiento se está autorizado. Cuanto más elevada es la situación del órgano, tanto mayor es el círculo de tales derechos, y más fuerte también el sentimiento de responsabilidad del que reconoce, abstrayéndonos de la oscuridad de las teorías, que el poder que ha colocado en sus manos el Estado no le es propio, como persona privada, sino como miembro director del todo.

XVII. LA REPRESENTACIÓN Y LOS ÓRGANOS REPRESENTATIVOS

1. SE ENTIENDE POR REPRESENTACIÓN la relación de una persona con otra o varias, en virtud de la cual la voluntad de la primera se considera como expresión inmediata de la voluntad de la última, de suerte que jurídicamente aparecen como una sola persona.

A primera vista la relación de representación parece idéntica a la de órgano. A menudo, tanto en el lenguaje de las leyes cuanto en el de la ciencia se usa una expresión por la cual se atribuye a los órganos la facultad de representación del Estado y otras corporaciones, especialmente en las relaciones exteriores. Mas en estricto sentido se entiende por representación la relación de un órgano con los miembros de una corporación, a consecuencia de la cual representa, dentro de la corporación, la voluntad de estos miembros. Los órganos representativos son, por consiguiente, en este sentido órganos secundarios, o sea, órganos de otro que es órgano primario. Éste tiene su propia voluntad en lo que respecta a la competencia del órgano secundario, en la voluntad de éste, y fuera de ella, no conoce voluntad alguna. El órgano primario no tiene poder sino para expresar de un modo inmediato su voluntad, en cuanto ésta sea una facultad especial que le competa. El caso más frecuente en esto es el de la designación del órgano secundario mediante elección.

La idea de la representación es meramente jurídica. Los conceptos técnicos aplicables a ella no encuentran en los hechos reales que les sirven de fundamento elemento alguno en que pueda reconocerse su peculiaridad psicológica y social. Estos conceptos no constituyen normas de conocimiento, sino normas de juicio de lo dado en relación a determinados fines jurídicos. Por esto el sistema representativo está también grandemente expuesto a ataques vivos, y se le considera engañoso y meramente aparente; ataque que sólo está justificado si se prescinde de la profunda distinción que existe entre el mundo de los conceptos jurídicos y el de los hechos reales. Rousseau, que trabajó preferentemente con abstracciones y ficciones jurídicas, ha sufrido precisamente, en este punto, una confusión, y sobre ésta ha fundado su conocida teoría de la imposibilidad de la representación del pueblo, que obedece a no distinguir el aspecto jurídico de la cuestión del psicológico.[1]

[1] *"La volonté ne se réprésente point: elle est la même ou elle est autre: il n'y a point de milieu." Contrat soc.*, III, 15.

De otra parte, tal vez no haya punto alguno en la doctrina del Estado en que las ideas jurídicas hayan brotado tan fuertemente de las convicciones generales sin ser objeto de reflexión por la sociedad. A esto ha conducido también la confusión entre los hechos jurídicos y reales, la que ocasiona frecuentemente errores fundamentales acerca de la valoración del sistema representativo.

El punto de partida que se suele adoptar es el de que las acciones de un miembro particular de un grupo son atribuibles a éste y, por tanto, a todos los individuos que lo componen. El asesinato cometido por el miembro de una tribu es imputado a la tribu misma y, por consiguiente, a todos los miembros de ella, contra los cuales se puede ejercitar la venganza en su cualidad de representantes de todos los miembros de aquélla. No sólo la idea de las relaciones de órganos, sino también la de representación, corresponde, ciertamente, al primitivo inventario de las intuiciones jurídicas humanas.

La construcción jurídica ha desconocido este hecho durante largo tiempo o, al menos, no lo ha apreciado justamente. A partir de que se encontró el concepto del órgano jurídico se intentó poner en claro las relaciones antes dichas, mediante analogías de derecho privado, valiéndose del concepto de la representación y del mandato. Nunca ha faltado totalmente una reflexión exacta, si bien sólo en los tiempos modernos se ha llegado a conseguir una apreciación justa del problema. Es muy fecundo en enseñanzas el estudio de la prehistoria de las ideas modernas, la cual vamos a trazar a grandes rasgos.

2. A las afirmaciones, repetidas más a menudo, respecto al derecho de los antiguos Estados, se suele añadir la de que les era completamente extraña la idea de la representación.[2] Pero esto sólo es exacto en relación a la actividad de los órganos supremos de las repúblicas: la asamblea popular y el consejo.

[2] Rehm, *Geschichte,* p. 114, quiere ver en distintos pasajes de Aristóteles *(Pol.,* IV, 1298, b. XXVIII-XXIX y VI, 1318, a. 11-12 y 25-26) la primera explicación sistemática de la finalidad del sistema constitucional y representativo; pero esto es servirse de una idea jurídica moderna y aplicarla en el pasado a intuiciones puramente políticas. Si Aristóteles propone para la democracia el voto de clases descansando en el censo, y de este modo la designación de las autoridades por la asamblea, esto no indica que él piense en una representación de los electores, sino que indica el principio practicado en los Estados griegos, de la elección de autoridades por otras autoridades elegidas. Novedades políticas de tanta importancia como la idea de representación no han de buscarse en un camino literario ni en el de la especulación, sino en la larga labor histórica de los pueblos. Se ha querido ver también una suerte de representación en las asambleas provinciales establecidas por Roma en la época del imperio. Especialmente se ha considerado así la asamblea de las tres Galias: "una representación general organizada" (Mommsen, *Römischen Geschichte,* V, 2ª ed., 1885, p. 85). Pero tampoco pueden ser consideradas artificiales estas creaciones, con sus míseras facultades, como una representación de la nación frente al soberano, en el sentido que posteriormente ha tenido.

Allí donde puede actuar la propia asamblea del pueblo no existe la necesidad interna de una representación, y, por tanto, falta el motivo histórico para que nazca. En la propia federación de las ciudades griegas, donde en vez de la ciudad es una asamblea federal la que actúa, no tiene cabida la representación, sino que más bien cada ciudadano de los Estados particulares goza del derecho de voto en la *eclesia* de la federación.[3] Pero cuando queda excluida la reunión general del pueblo, entonces, tanto en Grecia como en Roma, vemos aparecer con toda claridad para los actos que es preciso llevar a cabo, la idea de la representación.

Las acciones de los magistrados realizadas en el círculo de su competencia son consideradas, independientemente de toda teoría jurídica, como acciones del pueblo mismo, que obligan a éste y lo hacen contraer deberes. El mandato jurídico público concedido al magistrado autoriza a éste a ejecutar las acciones que caen dentro del círculo de su actividad, y en tanto que no exista una ley coactiva puede hacerlo discrecionalmente.[4] Una vez que hubo desaparecido, en la época del principado, la idea de la responsabilidad de las altas magistraturas, arraigó la convicción, expresada por Ulpiano, de que el príncipe había vindicado para sí todo el derecho del pueblo, y era, por tanto, el representante único del *populus*. Esta idea de la absorción de la representación reaparece más tarde en la Edad Media, y aun desempeña después un gran papel en la historia del absolutismo moderno. Con la misma claridad llegó a formularse en la época del principado y el imperio, la doctrina de que la representación del Estado en el exterior corresponde al representante, y que éste obliga en virtud de ello inmediatamente al Estado. "*Imperatur foedus percussit; videtur populus romanus percussisse et continetur indigno foedere.*"[5] Así como en el derecho privado romano jamás se logra alcanzar la idea de la libre representación, en el derecho público podríamos decir que se consigue esto por la fuerza natural de los acontecimientos. Así es como el senado, una vez desaparecidos los comicios, adquiere para los romanos un valor representativo, de igual suerte que los senados de los municipios. Pero esta relación no ha llegado a una completa elaboración jurídica ni se ha visto de un modo claro y científico; nació por necesidades de la vida política, anteriores siempre a los actos de derecho público, y aun productores de ellos. Pero es interesante considerar cómo la jurisprudencia fija el nuevo hecho, y no es, sin embargo, capaz de darle el lugar

[3] Véase Freeman, *History of Federal Government*, I, 1863, pp. 212 y 266; Busolt, *op. cit.*, pp. 82 ss., 344, 356 ss. y 370; Szanto, *op. cit.*, pp. 189 ss. Este hecho probado, no obstante algunas contradicciones a que ha dado lugar (M. Dubois, *Les ligures achéenne et étoliènne*, pp. 127 ss.), muestra mejor que ningún otro argumento cuán lejos estaban los griegos de la representación parlamentaria.

[4] Mommsen, *Abriss*, p. 82; *Staatsr.*, I, 3ª ed., pp. 76 ss.

[5] Séneca, *Controv.*, 9, 25; Mommsen, *Staatsrecht*, I, pp. 234 ss.

que le corresponde con sus ideas tradicionales. Pomponius dice: "*Deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad Senatum deduxit*",[6] y las *Instituciones* dicen en un pasaje[7] que cuando fuese imposible reunir al pueblo para los fines de la legislación, "*aequum visum est Senatum vive populi consuli*". Pero ni aquella *necessitas* ni esta *aequitas* han sido reconocidas en su peculiaridad jurídica. Y sin embargo, incluso cuando el senado monopolizó el derecho del pueblo, pervivió la idea del derecho supremo del pueblo; del *Senatus populi romani* de la primitiva república, se pasa al *Senatus populusque romanus* de los últimos tiempos de ésta y al del imperio, bajo cuya fórmula se oculta la idea de que el senado además representa a la comunidad de los ciudadanos.[8]

De un modo enteramente distinto tienen lugar en la Edad Media estas relaciones. El Estado medieval es un Estado de gran superficie, y es dualista frente al antiguo Estado, que era unitario. Su pueblo no está formado tanto por una unión de individuos iguales cuanto por una pluralidad de individuos y asociaciones; asociaciones provistas de *imperium* con un *señor* a la cabeza; iglesias y claustros con sus miembros; comunidades y asociaciones corporativas de otras clases, son muchas veces elementos inmediatos del Estado que encierran dentro de sí una gran parte del pueblo, el cual por este hecho deja de tener relación directa con el poder del Estado. Este momento histórico ofrece a la idea de la representación una amplia base social. La rica vida corporativa da lugar a una concepción teorética de la idea, y hace aparecer por vez primera una doctrina científica de la corporación en los glosadores y canonistas.[9] Independientemente de toda teoría, los acontecimientos políticos y sociales impulsan la creación de los órganos representativos.

Sólo bajo la forma de un ejército bien organizado se puede reunir el pueblo en los comienzos; pero pronto apareció el sistema feudal, mediante el cual el pueblo fue sustraído en gran parte a estas asociaciones militares centralizadas. En los Estados de gran extensión territorial resultan imposibles las reuniones del pueblo con un carácter regular. De otra parte, el dualismo, que nunca ha desaparecido por completo, entre príncipe y pueblo, exige una representación del último frente al primero, representación que se desarrolla por muy distintos caminos, pero siempre de un modo natural, estatuyendo que los *meliores terrae*, las grandes figuras del mundo temporal y espiritual, se constituyan como pueblo en sentido po-

[6] L. 2, § 9. *D. de orig. iur.*, I, 2.
[7] § I. *Inst.* I, 2. Comp. Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, p. 48.
[8] Mommsen, *Abriss*, p. 340. Acerca de la idea romana de la representación de la corporación por sus órganos, véase *Regelsberger*, I, p. 323, y las fuentes citadas allí mismo en la nota 2.
[9] Véase Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, pp. 394 y 478.

lítico. Su derecho, que en cada Estado nace de un modo peculiar, es considerado por ellos originariamente como una facultad individual, de suerte que no representan a nadie más que a sí mismos. Lentamente, la opinión señorial añade a este derecho, allí donde la asociación señorial ha permanecido, el de representación legal de la asociación. En la reunión de los estados o brazos, el señor representa también a sus súbditos, idea que posteriormente llega a ser formulada de una manera más o menos clara en cada pueblo, según la concepción jurídica que se tiene del Estado. Esta concepción revélase también hacia fines de la Edad Media en la literatura sobre la teoría del Estado, y en ella se concibe ya la reunión de los brazos como representación de todo el pueblo, y se atribuye al órgano de creación del emperador y del papa un carácter representativo.[10] No existen aún investigaciones importantes y minuciosas sobre la fundamentación y naturaleza jurídicas de las relaciones entre los representantes y los representados, porque sólo pueden lograr atraer el pensamiento científico sobre estas cuestiones las grandes fuerzas de la vida histórica.

Cuando se trata de la representación de los brazos en una asamblea a que han de concurrir representados, municipios y corporaciones, son precisas normas jurídicas determinadas. Se necesita para esto un acto jurídico en que quede definido tanto quién es la persona que representa, como la extensión y el contenido de la representación. La evolución principia en los municipios y corporaciones, en general, con el contrato de representación, el cual separa de manera decisiva la persona del representante y del representado. Esta representación es considerada como idéntica esencialmente a la del derecho privado, y la institución queda fuera del derecho privado por sus fines, pero no por su naturaleza interna. Por esto, el representante se obliga personalmente con sus propios bienes a reparar los perjuicios que él irrogue al mandante por traspasar los límites de sus atribuciones, y puede ser despojado o destituido, a causa de ello, de su carácter de mandatario.

En los Estados donde los brazos o clases sólo desempeñan un papel insignificante, o se reúnen exclusivamente para conocer de algunos asuntos importantes, esta relación sigue siendo la misma, pero toma un carácter enteramente distinto allí donde, como en Inglaterra, tiene una función normal y está encajado en el Estado e íntimamente unida a las instituciones. Lo mismo que en el continente, en Inglaterra las asambleas de los brazos principiaron con una obligación mutua entre representantes y representados. Los elegidos recibían sus instrucciones de los electores y estaban obligados a darles cuenta de su cometido.[11] En la época de los

[10] Véase Gierke, *Genossenschaftsr.*, III, pp. 595 ss. y del mismo: *Althusius*, pp. 211 ss.

[11] Stubbs, *Constitutional History of England*, 2ª ed., 1878, III, p. 424. Una investigación detallada de este punto histórico tan importante no existe hasta ahora en la literatura inglesa.

Tudores cambia la situación, y en el curso del siglo XVII principia a desvanecerse el recuerdo de los tiempos primeros. Sin embargo, en los documentos y en la literatura de aquella época se habla de los representantes del pueblo.[12] La idea de que todo inglés estaba representado en el parlamento, y, por tanto, presente por medio de su representante, fue ya expresada de manera muy clara por sir Thomas Smith bajo el reinado de Isabel.[13] El modo como ha nacido esta idea de la representación tan claramente expresada no ha sido aún investigado.[14]

No hay duda alguna de que puso fin a las instrucciones la imposibilidad de deliberaciones fructuosas y de llegar a conclusiones.[15] Ya antes exigían los reyes en sus cartas de convocatoria que los elegidos llevasen amplios poderes *ita quod pro defectu hujusmodi potestatis negotium infectum non remaneat.*[16] En todo parlamento surgen cuestiones que no podrán prever los electores, y en interés de estos mismos deben hacerse a menudo concesiones a causa de compromisos a intereses extraños. Las instrucciones han de ser, pues, frecuentemente tan generales y se ha de dejar al representante, por tanto, un margen tan grande, que su valor en un pueblo tan práctico como el inglés no podrá menos que ser puesto en duda. Además, el parlamento es un miembro importantísimo en la organización administrativa del reino, y ya en la época de los Tudores autorizaba una serie de actos, respecto de los cuales el asentimiento del pueblo o era imposible o carecía de sentido. El parlamento no es exclusivamente una asamblea legislativa y autorizadora de los impuestos, sino también el órgano supremo de la vida administrativa y judicial, y además ordenadora, mediante un sistema de reglas, de su propia vida in-

[12] El *Agreement of the People* dice expresamente: "*That the Representatives have, and shall be understood to have, the supreme trust in order to preservation of the whole; and that their power extend without the consent or concurrence of any other person or persons, to, etc...*" Exclusivamente quedan exceptuados los puntos arriba citados, pp. 496 ss. Gardiner, *Cons. Docum*, p. 279.

[13] "*Quicquid in centuriatis comitiis aut in tribunitiis populus Romanus efficere potuisset, id omne in comitiis Anglicanis, tanquam in coetu Principem populumque representante, commode transigitur, interesse enim in illo conventu omnes intelligimur cuiuscumque amplitudinis, status, aut dignitatis, Princepsve aut plebs fuerit; sive per teipsum hoc fiat sive per procuratorem.*" *De republicam Anaglorum*, II, ed. elzeviriana de 1641, p. 198. Este libro admirable fue impreso por vez primera en 1583, después de la muerte del autor, acaecida en 1577. Véase sobre Smith, *Pollock Introduction*, pp. 54 ss.

[14] Debemos gratitud a Hatschek, *Englisches Staatsrecht*, I, pp. 232 ss., por haber llevado a cabo recientemente una investigación de la historia de la idea de la representación en Inglaterra. Es muy interesante, especialmente la prueba documental que nos ofrece, según la cual, en la época de Enrique V, los diputados no eran considerados como elegidos por una comunidad, sino como representantes de todo el reino.

[15] Véase Seidler, en *Grünhuts, Zeitschrift*, XXIV, pp. 123 ss. Ya Montesquieu había mostrado las dificultades de las instrucciones especiales (XI, 6).

[16] Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, I, 1886, p. 46; Seidler, *loc. cit.;* Stubbs, *Select Charters*, 7ª ed., 1890, p. 481.

terior. Con relación a este último punto también la cámara baja se encuentra en completa independencia.

Mas como el punto de partida de la representación de los comunes ha sido siempre el mandato, fórmase paralelamente a la separación entre los electores y sus elegidos, la idea de que la voluntad de éstos representa la de aquéllos de un modo permanente, incluso sin que exista mandato. Originariamente los condados, las ciudades, los burgos, aparecían representados ante la conciencia popular por los escogidos e instruidos por ella, de modo que esta representación se perpetúa históricamente en una época en que ya no existe esta relación entre los comunes y la cámara baja. Todos aquéllos están reunidos a partir de entonces en la cámara baja. El conjunto de los lores espirituales y temporales en unión de los comunes forma el *regnum*, y, por tanto, todo miembro particular forma parte de la representación del reino. Su voluntad no es la voluntad de la asociación que le enviara, sino un elemento de la voluntad del reino.[17] De este modo surge naturalmente, en vista de las relaciones reales, la idea fundamental del Estado representativo moderno, a saber: que los miembros del parlamento representan al conjunto del pueblo.[18]

La evolución de Francia ha sido diferente, pero ha llegado al mismo resultado. En tanto que en Inglaterra los miembros de la cámara de los lores tenían voz viril, en Francia existía el principio de la elección para el

[17] Esto es lo que comprueba Blackstone, I, 2, p. 159, con estas famosas palabras: "*And every member, though chosen by one particular district when elected and returned, serves for the whole realm. For the end of his coming thither is not particular, but general: not barely to advantage his constituents, but the common wealth; to adrise his sovereing (as appears from the writ of summons) 'de communi consilio super negotiis quibusdam arduis et urgentibus, regem, statum et defensionem regni Angliae et ecclesiae Anglicanae concernentibus'. And therefore, he is not hound to consult with or take the advice of his constituents regnu any particular point, unless he himself thinks it proper or prudent to do so*". Como ejemplo expresivo para mostrar que esta concepción es representativa del derecho en vigor se puede invocar el *Septennial Bill* de 1716, mediante el cual el parlamento prorroga su duración de tres a siete años. En vista de esto la cámara baja no fue disuelta, sino que quedó autorizada, conforme a la última ley, para prorrogar su duración cuatro años más. Véase Dicey, pp. 42-43.

[18] Del carácter representativo de todo el parlamento se sigue también el de la cámara alta, cuya situación jurídica en este sentido no es tan clara; baste considerar sus menores derechos en lo que atañe a las autorizaciones para cuestiones de intereses. Hay que hacer constar que el principio del carácter puramente representativo de los elegidos se suele negar aún a menudo. Burke, en 1774, protesta enérgicamente contra el propósito de obtener de los miembros de la cámara baja, en el momento de la elección, promesas con carácter obligatorio. (Véase May, *The Constitutional History of England*, I, 1861, pp. 444-445.) Al igual que Esmein (*Droit const.*, p. 68, n. 2), indica cómo subsistía esta oposición aun en 1893, oposición que se mostró con ocasión de los debates sobre el *Home-rule*, en los que se dijo que los representantes no habían recibido de sus electores mandato alguno para tomar una medida de esta naturaleza. En los Estados Unidos, muchas constituciones de Estados particulares conceden expresamente a sus electores el derecho de dar instrucciones a sus representantes. También las pueden recibir los miembros del senado. Las autoridades americanas han protestado siempre contra esta práctica. (Véase Rüttiman, I, pp. 171-172.)

clero y la nobleza, no sólo para el tercer estado.[19] Los tres llegaban a los Estados generales con las instrucciones recibidas de sus electores, los *cahiers*, y cada cual deliberaba y tomaba sus resoluciones por separado. En los últimos días de la reunión de estos Estados fue cuando el rey, por vez primera, se expresó contra la subordinación estrecha de los representantes a los *cahiers*,[20] y declara nulas en la sesión regia de 23 de junio de 1789 las limitaciones,[21] y prohíbe para en adelante todo mandato imperativo,[22] y, por consiguiente, se evitará la posibilidad de entorpecimiento en las deliberaciones. No obstante, muchos representantes continuaron recibiendo instrucciones detalladas y afirmando, después de la reunión de los Estados generales en la asamblea nacional, la fuerza obligatoria de los *cahiers*. Pero muy pronto se mostró la imposibilidad de continuar las deliberaciones en vista de las instrucciones. Sieyès, tan influyente entonces, se hace un defensor enérgico de la idea de la independencia de los diputados respecto de los electores, mostrando los serios conflictos que habrían de nacer de la constante consulta al cuerpo electoral por los diputados; todas las otras razones de este defensor del mandato libre para que se reconociese su teoría eran de naturaleza puramente doctrinaria y se encaminaban a justificar lo que prácticamente era necesario.[23] Las ideas de Rousseau, que tan gran papel desempeñaron en la constituyente, influyeron de igual suerte en la concepción del lugar que le correspondía al diputado. El soberano en el Estado debe ser la voluntad general, la cual no puede ser formada por la voluntad particular de los individuos que instruyen a sus representantes. Más bien es la voluntad general la voluntad de todo el pueblo; por eso el representante particular no representa tan sólo la voluntad de la parte del pueblo que lo envía, sino la de todo el pueblo. Sólo de este modo es posible conciliar hasta cierto punto la repulsa de Rousseau de la constitución representativa con la realidad política. La constituyente llega a una declaración audaz que la desliga completamente de los electores, a saber: que ella era el asiento de la soberanía na-

[19] Los detalles enrevesados de estas relaciones pueden verse en Esmein, *Cours élémentaire d'histoire*, pp. 491 ss. Los representantes recibían también de sus electores un estipendio, el cual era a menudo estimado como una pesada carga para los que estaban obligados a pagarla, y de aquí una disminución de sus entusiasmos por que se convocase a los Estados del reino. *Loc. cit.*, p. 499.

[20] Ordenanza del 24 de enero de 1789, sobre el reglamento de las elecciones, art. 45, "*...les pouvoirs dont les députés seront munis devront être généraux et suffisants pour proposer, remontrer, aviser et consentir, ainsi qu'il est porté aux lettres de convocation*". Hélie, *Les Constitutions de la France*, 1880, p. 15.

[21] *Archives parlementaires*, I, serie VIII, p. 143, art. 3°.

[22] *Loc. cit.*, art. 6: "*Sa Majesté declare, que dans les tenues suivantes des États généraux elle ne souffrira pas que les cahiers ou mandats puissent être jamais considérés comme imperatifs; ils ne doivent être que de simples instructions confiées à la conscience et à la libre opinion des députés dont on aura fait choix*".

[23] Véase Sieyès, *Écrits politiques*, I, pp. 207-208, 379 y 450.

cional. La ley del 22 de diciembre de 1789 afirma enérgicamente el concepto de la representación,[24] rechazando definitivamente las instrucciones, así como el derecho de los electores para revocar el mandato de los diputados,[25] y de aquí ha pasado a la Constitución del 3 de septiembre de 1791 el principio de que los diputados no representan un departamento particular, sino a toda la nación, y no deben estar limitados por instrucción alguna.[26]

Las asambleas legislativas no representan al pueblo para todas las actividades jurídicas. En los Estados Unidos se encuentra combinada de manera especial la doctrina de la división de poderes con la de la soberanía popular. El pueblo inviste con el poder legislativo a las legislaturas en los estados particulares y al congreso en la Unión, y el poder ejecutivo se atribuye al gobernador o presidente, y el judicial a los tribunales, todos los cuales son representantes del pueblo en no menor medida que los miembros de la legislatura. En Francia también se aceptó esta idea, pues el rey fue expresamente designado, al lado de la asamblea nacional, como representante del pueblo,[27] lo cual era tanto más comprensible para la conciencia pública, cuanto que la idea de la representación de la nación por el rey fue usual incluso entre los soberanos absolutos de Francia. Esta concepción americano-francesa del jefe republicano del Estado ha sido el modelo para todas las constituciones republicanas, y bajo el influjo francés ha trascendido también al texto de muchas constituciones monárquicas cuando se ha tratado de definir la situación del príncipe.

3. Sobre la situación jurídica de las asambleas legislativas, nacidas bajo los auspicios de esta nueva idea de la representación, existe aún hoy una gran oscuridad. Una solución completamente satisfactoria de los problemas que ofrece no se ha encontrado aún. La literatura inglesa, americana y francesa, ve en el acto de la elección, a pesar de la afirmación

[24] Introducción, artículo 8°: *"Les représentants nommés à l'Asamblée Nationale par les départements ne pourront être regardés comme les représentants d'un département particulier, mais comme les représentants de la totalité des départements, c'est à dire de la nation entière"*. Hélie, p. 72. Debemos hacer notar la fina diferencia entre esta concepción y la de Blackstone. En ésta, el individuo representa el reino, esto es, a la totalidad de la *communitates regni* representada en la cámara baja: a la nación, esto es, a la suma de los individuos. Aún perdura hoy esta oposición entre la doctrina inglesa y francesa del parlamento, si bien se atenúa cada vez más. La significación práctica de una y otra es que, así como la concepción inglesa atribuye el derecho electoral a los comunes, la francesa lo hace a los individuos. Sólo de ésta y no de aquélla se puede sacar, como última consecuencia propia, el derecho de sufragio universal e igual. Esta conclusión ha pasado después a todas las constituciones europeas.

[25] Sección I, art. 34, Hélie, p. 76.

[26] Tít. III, cap. I, sec. III, art. 17. *"Les représentants nommés dans les départements ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat."*

[27] Tít. III, art. 2°: *"La Constitution française est représentative; les représentants sont le Corps législatif et le roi"*.

de la idea de la representación, una transmisión del poder del elector al elegido,[28] sin que esta relación del mandato libre fuera elevada a una expresión estrictamente jurídica. Esta oscuridad influye también en ciertas exigencias políticas que intentan suprimir, o debilitar, al menos, el sistema representativo. Aquellas que quieren sacar partido de la idea política del mandato jurídico exigen la renovación de los antiguos Estados y la introducción del mandato imperativo, con lo cual los diputados quedarían de nuevo en una relación directa con los electores, transformándose de órgano mediato en inmediato. Otros, por el contrario, exigen la sanción de las decisiones parlamentarias por el pueblo,[29] esto es, la introducción del *referendum* facultativo u obligatorio tal como se ha llevado a cabo en Suiza y en la Unión norteamericana.

Otros afirman que, en verdad, no es la unidad del pueblo, como pretende la doctrina política oficial, la que encuentra su expresión en el parlamento, sino que lo que aquí existen son diputados de grupos sociales aislados, no representantes de una voluntad única, sino de intereses particulares; esto es, que se trata de una institución social, no política; que no son los intereses del Estado los que forman el fundamento del parlamentarismo, sino que el móvil director está constituido por los intereses de partido.[30]

Esta concepción olvida que la sociedad no tiene ni puede tener una

[28] Lo cual está en relación estrecha con la ideas usuales sobre la soberanía popular. En el derecho político de los americanos y franceses se habla siempre de la delegación *(to grant, to vest)* de los poderes por la nación o de su ejercicio indirecto por el pueblo. Sin embargo, actualmente comienza a penetrar en Francia la teoría alemana de la representación. (Véase Orlando: "Du fondement juridique de la representation politique", *Revue de Droit Public et de la science politique,* III, 1895, pp. 1 ss., y Sarípolos, *La démocratie et l'élection proportionnelle,* II, París, 1899, pp. 98 ss., que muestra un conocimiento hondo de la literatura. Véase además A. Mestre, *Le fondement juridique de l'élection proportionnelle dans la démocratie (Extrait de la Revue génèrale du Droit),* 1899, pp. 15 ss.

[29] Esta forma de legislación la había admitido ya Rousseau, no obstante rechazar la teoría de la representación: *"Les députés du peuple ne sont, donc, ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'à pas ratifiée est nulle, ce n'est point une loi". Contrat social,* III, p. 15.

[30] Esta concepción fue fundada por Lorenz Stein, el cual, en su obra *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich,* explicó la historia moderna como una lucha de la sociedad para conquistar el Estado. De aquí sacó Gneist su doctrina, desarrollada en innumerables escritos, del parlamento como formación social, el cual, en Inglaterra tiene una situación armónica en la vida del Estado, en tanto que en Francia domina a éste. Otros juristas han tratado de aprovechar esta misma idea; así, O. Meyer *(op. cit.,* 19) considera al Estado norteamericano y Francia como construcciones sociales, y a los representantes elegidos por el pueblo como representantes de intereses sociales, mediadores entre el Estado y la sociedad. Finalmente, Rieker, en su obra *Die rechtliche Natur der modernen Volksvertretung,* 1893, lleva esta idea a su forma más extrema al considerar al parlamento, no como órgano del Estado, sino como "expresión de las distintas fuerzas que obran en la sociedad", esto es, que no representa al pueblo en su unidad política, sino en su diferenciación y pluralidad social (p. 69).

voluntad unívoca, y que el parlamento tiene y necesita tener de modo necesario una voluntad de esta naturaleza. Es cierto que en el parlamento están representados grupos sociales que se oponen los unos a los otros, si no jurídicamente, al menos de hecho; mas todos estos grupos, frente a las cuestiones que se les ofrecen, sólo tienen dos posibilidades de decidir, esto es, no pueden decir sino *sí* o *no.* La situación específica de un partido con respecto a una determinada cuestión no puede llegar a alcanzar su expresión en las decisiones, a menos que este partido forme una mayoría, lo cual rara vez ocurre en los Estados continentales; más bien se consigue esto por compromisos, transacciones momentáneas, y así, mediante una conciliación de puntos de vista de grupos muy diversos, se puede alcanzar una conclusión concorde que descanse sobre motivos muy diferentes. Esta conclusión no es la voluntad de la sociedad; no es la voluntad adicionada de los grupos sociales, la que, por lo común, no haría posible una conclusión, sino que es la voluntad unívoca del pueblo. Las decisiones legislativas del Reichstag respecto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad del imperio y de los Estados particulares, o la legislación postal, es absolutamente imposible que se consideren como exteriorizaciones de la voluntad social, porque en ellas no tienen cabida alguna los puntos de vista discordes de la pluralidad de los grupos sociales. La lucha de los intereses sociales está siempre, por tanto, en el estudio preparatorio de las decisiones; pero en la decisión misma, se encuentran siempre frente a frente la mayoría y la minoría.

Si la composición de un parlamento a causa del sistema electoral y de otras circunstancias concretas es tal que en él coincide el predominio de un partido con un grupo social determinado; si las conclusiones están dictadas por los intereses de una clase dominante, no es posible, aun en tal caso, considerar la voluntad así formada jurídicamente como voluntad social; se perdería más bien toda posibilidad de determinar jurídicamente el acto de voluntad del Estado, si tal acto de voluntad no hubiese de ser reconocido como de la unidad del pueblo en su forma de órgano del Estado. Con la voluntad del pueblo acontece lo que con la del monarca y sus autoridades, esto es, que no ha de ser partidista, y debe ser la expresión de los intereses comunes, aun cuando no siempre lo es. Pero también la voluntad del Estado que no corresponde a la del ideal es voluntad del Estado. Si se hubiese de admitir un orden de consideraciones sociales en vez de un orden de consideraciones políticas, habríamos concluido con el derecho político, y el arbitrio subjetivo sustituiría al conocimiento de lo jurídico.

La consideración de la república representativa es bastante a mostrar lo insostenible de la teoría del parlamento como órgano de la sociedad y no como órgano del Estado. En Francia, el parlamento es el órgano supre-

mo del Estado; por medio de él son instituidos todos los órganos restantes: presidente, funcionarios y jueces designados por éste. Si el parlamento no fuese órgano del Estado, Francia no sería un Estado, sino una anarquía. En realidad, esta concepción no es sino una consecuencia de aquella mísera jurisprudencia que no conoce otro tipo de Estado que el absoluto, y que ansía abarcar con esta noción estrecha la multiplicidad de las nuevas formas del Estado. De estas dos concepciones jurídicas del Estado, y posibles, una de ellas está hoy completamente abandonada en la literatura alemana. Hasta que no se penetró bien en la naturaleza de la representación, se aceptaba, como se acepta aún hoy en la literatura extranjera, que existía una delegación del pueblo en los representantes, lo que traía consigo el reconocer que la sustancia de los derechos delegados correspondía al pueblo, no compitiendo a sus representantes sino el ejercicio de los mismos,[31] con la prohibición de las instrucciones y la exención de toda responsabilidad en los elegidos; con respecto a los electores, resulta insostenible esta construcción. La segunda concepción, por el contrario, es la que prevalece hoy en la literatura jurídica. A consecuencia de ella, la voluntad del parlamento es inmediatamente voluntad popular, pero entre el pueblo y el parlamento no existe lazo jurídico alguno análogo al que representa el mandato, la comisión u otra categoría jurídica análoga. Sea cual fuere el fundamento jurídico del miembro de una cámara, elección, nombramiento, posesión de un determinado cargo, etc., el acto de creación jamás concede un derecho del creador sobre el órgano creado, sino que más bien los derechos y deberes de unos y otros nacen exclusivamente de la Constitución.[32]

Por acertada que sea esta concepción, necesita sin embargo un complemento esencial. Si desde el punto de vista jurídico la voluntad de la cámara, y no otra, es la voluntad del pueblo, entonces las cámaras mismas

[31] Por ejemplo, Rotteck, *op. cit.*, II, p. 225: Klüber, *Öff. Recht des teutschen Bundes und des Bundesstaaten*, 4ª ed., 1840, p. 302; Zöpffi, II, p. 254. Mohl, *Württemb. Staatsrecht*, 2ª ed., I, p. 537, afirma que el pueblo ha delegado sus derechos en sus representantes, y afirma, como antes lo hiciera Rotteck (*op. cit.*, p. 233), que la representación del pueblo es el órgano del pueblo (p. 535). También la Constitución de Sajonia de 1833, § 78, dice que los estados o brazos son los órganos constitucionales de la comunidad de ciudadanos y súbditos. También H. Schulze, *Preuss Staatsrecht*, 2ª ed., I, 1888, p. 563, sostiene una concepción análoga; pero el pueblo en general es concebido aquí socialmente y no de un modo jurídico, pueblo en oposición a soberano, pero no pueblo jurídicamente organizado mediante una constitución parlamentaria. El pueblo, según ha mostrado acertadamente Rieker, *op. cit.*, p. 51, no tiene existencia jurídica, abstracción hecha de la personalidad del Estado. El punto de vista exacto, esto es, que el pueblo mismo en un Estado representativo es un órgano inmediato del Estado, lo ha mostrado por vez primera Gierke, *Genossenschaftsrecht*, I, p. 829, *Schmoller Jahrbuch*, 1883, pero sin que entre el pueblo y su representación exista relación jurídica alguna.

[32] Véase Laband, *op. cit.*, I, pp. 272-273; Von Seydel, *Bayr, Staatsrechts*, I, p. 350; H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, I, pp. 456-457.

son el pueblo organizado de un modo estatista; mas de este modo resultaría una pluralidad de ciudadanos activos frente a un grupo innumerable de ciudadanos políticamente sin derechos.[33] La famosa afirmación de Rousseau de que los ingleses sólo son libres en el momento de la elección para advenir al punto esclavos, resultaría la crítica más acertada de los modernos Estados representativos.

No se puede negar que, justamente, el punto más importante de todo el sistema representativo lo olvidan, o al menos no lo consideran suficientemente, a saber: que éste cae fuera del círculo del derecho y que el formalismo jurídico está incapacitado para comprenderlo y abarcarlo en su totalidad. Por consiguiente, las grandes transformaciones llevadas a cabo en la estructura de los Estados modernos mediante las modificaciones del derecho electoral, las grandes luchas para la democratización del sufragio, la representación de las mayorías, etc., no son comprensibles desde el punto de vista jurídico; no se trata mediante ellas meramente de una participación en el acto electoral, sino de alcanzar influjo en la vida del Estado gracias a los elegidos; pero este interés no sólo es interés real, sino jurídico.

Que este caso lo muestra la semejanza del problema actual con otros que en todas partes encuentran una solución enteramente diferente. Entre el monarca y el regente no existe una relación jurídica tal que pueda ser interpretada según la doctrina de la representación limitada, como no existe tampoco entre el pueblo y su representación. El representante del canciller del imperio no es responsable ante éste de los actos ejecutados dentro del círculo de las atribuciones que se le confiaron, sino ante el Bundesrat y el Reichstag. El juez que hace justicia en nombre del monarca no puede recibir de éste ninguna orden relativa a la administración de la misma. No obstante, ningún jurista considera que la relación del monarca con el regente sea meramente política y carezca de carácter jurídico. Nadie ha afirmado que, en sentido jurídico, el regente sea monarca, o que lo sea el juez dentro del círculo de su actividad judicial.

4. La solución del problema la hallaremos considerando las relaciones de las democracias inmediatas. Aquí el pueblo mismo no es una personalidad distinta del Estado, sino un órgano colegiado de éste: el órgano supremo. Todo individuo tiene por tanto una doble cualidad: la de órgano parcial de la comunidad y la de súbdito. Si acontece, como ocurre, por ejemplo, en el cantón de Schwyz, que en vez del pueblo hay una representación, no por esto cesa el individuo de ser órgano del Estado, miembro

[33] Esta idea, llevada a su última consecuencia lógica, conduce a la afirmación de que la representación popular, especialmente en los Estados democráticos, es una especie de oligarquía (véase Rieker, p. 48), y es al propio tiempo una prueba de que esta manera de tratar jurídicamente el problema no ofrece sino una caricatura de la realidad.

activo del mismo; pero sus facultades se han reducido a colaborar en la formación de otro órgano, que está dotado, según la Constitución, del derecho que antes competía a la comunidad. La representación formada de esta suerte se ha convertido en órgano de la voluntad del pueblo. *Pueblo y representación del mismo, forman por tanto jurídicamente una unidad.* En ambas formas de democracia, en la inmediata y en la representativa, el pueblo es órgano del Estado. Pero en aquélla la voluntad del órgano está formada por la unidad del pueblo en su totalidad, y en ésta mediante un órgano particular de la voluntad del pueblo. Esta misma relación se halla en las monarquías constitucionales, que se distinguen de las democracias en que el pueblo no aparece en general como órgano inmediato, sino sólo con atribuciones menos amplias, y sobre todo, en que no es a él a quien corresponde el papel de órgano supremo del Estado, sino al monarca. Mas también en esta forma de Estado, el pueblo, considerado en su unidad, tiene el carácter de órgano de aquél, cuya voluntad se manifiesta en el parlamento. Pueblo y parlamento forman, pues, una unidad jurídica. El pueblo está organizado jurídicamente mediante el parlamento. Aquella antigua concepción inglesa según la cual todos los ingleses están personalmente presentes en el parlamento, y, por tanto, aceptan también los actos de éste, los cuales llegan a ser conocidos de todos ellos de un modo inmediato en virtud de la sanción regia, es una explicación muy acertada de la idea fundamental jurídica de la representación popular.

Desde este punto de vista, se comprende perfectamente el sentido jurídico del principio según el cual todo miembro de una cámara es representante del pueblo en su unidad; lo cual quiere decir que es representante de un *Collegium* cuya voluntad es voluntad del pueblo, y por consiguiente ha de ser considerado exclusivamente como colaborante en la formación de la voluntad de un pueblo, pero no de la voluntad de un grupo. Así, pues, desaparecen los fenómenos de un Estado formado por clases, como, por ejemplo, la dependencia del establecimiento de los impuestos, de la aceptación de todos los individuos o asociaciones a quienes estos impuestos afectaban, la revocación del nombramiento de los diputados por los electores, la limitación de su mandato, etc. Esto no quiere decir de ningún modo que la representación de determinados intereses de partido contradiga la idea jurídica de la representación del pueblo, ni tampoco que la situación jurídica de los miembros de la cámara sea declarada una ficción por el hecho de explicarla como una relación entre ellos y la voluntad popular. Determinar el contenido de la voluntad popular como, en general, de toda voluntad legislativa, queda fuera del derecho. Éste puede poner al legislador limitaciones relativas valiéndose de restricciones formales, pero no puede determinarlas de un modo positivo. La actividad

legislativa cae más bien dentro del círculo legal de la política. La norma abstracta de buscar el bien común es una consecuencia esencial de toda actividad política, pero no tiene eficacia bastante, a causa de su indeterminación, para servir de medida de cada acto político particular. Es evidente que cada cual considera lo mejor lo que a él le parece bueno, y así acontece que el monarca absoluto identifica sus acciones egoístas con el bien general.

He aquí por qué la fórmula general de que el miembro de una cámara representa al pueblo en su unidad no es contradicha por el hecho de que existan partidos y oposiciones entre ellos, del mismo modo que en las democracias inmediatas, donde la voluntad del pueblo no puede aparecer como una ficción, se forma aquélla mediante la lucha, victoria o compromiso de los diferentes partidos. Cada miembro particular de una cámara, así como ésta en su unidad, plantea la lucha en el estadio preparatorio de la votación. La decisión por el voto produce un acto de voluntad, uno en sí, el cual, jurídicamente, tiene el mismo valor que cualquier otra exteriorización de la decisión de un miembro de una autoridad colegial.[34] Existen oposiciones políticas, sociales y confesionales, que pueden influir en tales autoridades y en las decisiones de los miembros aislados, sin que por ello incurran en una violación del deber, especialmente cuando se trata, no de cuestiones jurídicas, sino de cuestiones opinables.[35]

Si recopilamos lo dicho, resulta que tanto la moderna representación del pueblo en su unidad cuanto sus miembros considerados como partes, tienen el carácter de órganos secundarios inmediatos. En el Estado con Constitución representativa, el pueblo, como elemento unitivo del Estado, es al propio tiempo miembro activo u órgano colegial del mismo; o dicho de un modo más concreto, es aquella parte del pueblo al que, conforme a la Constitución, le compete el ejercicio de un mayor o menor número de funciones políticas. Una parte de éstas las ejerce él mismo; las otras mediante delegación, la que al ser órgano del pueblo es al propio tiempo órgano del Estado. La representación del pueblo tiene, pues, el carácter de órgano secundario, esto es, órgano de un órgano. El pueblo, como

[34] Radnitzky, *Das Wesen der Obstruktionstaktik*, *Grünhuts Zeitschrift*, XXXI, 1904, pp. 475-476, concibe a los electores y miembros de la cámara como *interesados* en un sentido jurídico, y a los partidos parlamentarios como corporaciones en luchas, que durante las tareas del parlamento representan ante la unidad de éste los intereses de aquéllas, intentando hacerlas prevalecer en el momento de la decisión. Esta doctrina es también de las que intentan insertar hechos políticos no susceptibles de construcción jurídica en el círculo del derecho.

[35] El número de autoridades en que están representadas las clases sociales tiende a aumentar. Piénsese en los tribunales de arbitrajes para el seguro obrero, en las oficinas de seguro del imperio y de los Estados particulares, en los tribunales industriales y de comercio, etc. En el antiguo imperio se consideró que la combinación confesional de los tribunales del imperio y la *itio in partes* eran una garantía de la imparcialidad de la justicia.

unidad, tiene el órgano de su voluntad en parte en la voluntad firme y ordenada de sus miembros, y en parte en la de sus delegados; esto es: es en parte órgano primario, en parte órgano secundario.

Obra como órgano primario el pueblo en el acto de la elección al escoger sus representantes, y en verdad, el pueblo no es un puro órgano de creación cuya función y derecho concluyen con el nombramiento de sus representantes, como acontecía con la elección del emperador por los príncipes electores y la del papa y los obispos en la Iglesia, la cual no crea ningún lazo jurídico, especialmente entre electores y elegidos, sino que desliga completamente a éstos de aquéllos y aun los exalta sobre los electores. Más bien nace una relación permanente entre el representante y el pueblo en su unidad, a saber: una relación de órgano, que por su naturaleza puede ser una relación jurídica. Concuerda también la dependencia política permanente y normal de los elegidos para con los electores con la doctrina que hemos expuesto, y la teoría dominante se ve obligada a ignorarla como si fuese jurídicamente inapreciable. Este poder de la opinión pública, que no es medible jurídicamente, pero que políticamente tiene tanta fuerza, es causa de que, a pesar de que el elegido no necesite dar cuenta a sus electores, esté sometido siempre a la efectividad de su fiscalización. Aun cuando no exista una garantía de que el órgano de la voluntad del pueblo represente de una manera acertada políticamente la voluntad de éste, no obstante, las fuerzas e instituciones políticas, de consuno, hacen que la voluntad de un parlamento que se hubiese desligado por entero del modo de pensar de un pueblo no pueda mantenerse largo tiempo fuera de la autoridad de aquél. La duración del periodo de la legislatura, la disolución de las cámaras por los gobiernos, la extensión y organización del sufragio, etc., no son sólo hechos y medios políticos, sino también jurídicos, para asegurar el carácter de la representación del pueblo como órgano de la voluntad del mismo.

La consideración meramente formalista de que ha hecho objeto hasta ahora a estas instituciones jurídicas el derecho político, ha sido causa de que no se les haya concebido ni en su esencia ni en su relación con la naturaleza jurídica de la representación del pueblo. Para la doctrina dominante, la representación del pueblo permanece aún en el aire. Conforme a la solución defendida por ella, queda enteramente separada la representación de los representados, y todas las disposiciones posibles sobre el derecho electoral son indiferentes para el carácter de la representación del pueblo, porque, precisamente desde el punto de vista dado, el proceso de formación de la representación popular, cualquiera que pueda ser, es completamente indiferente para su naturaleza. El nombramiento hecho por la corona para una cámara de señores, o el de un diputado mediante el sufragio, es completamente igual para estos efectos. Unos y

otros son representantes del pueblo en su unidad. En el último caso, es el pueblo mismo quien se da un órgano, y en el primero, se forma exteriormente a él. Hay, pues, una profunda diferencia, no sólo política sino también jurídica, que trasciende del modo como se hace el nombramiento del representante y que es imposible que se conceda por algunos.

Mediante el reconocimiento de la representación del pueblo como un órgano secundario del Estado —órgano que forma una unidad con el primario, o sea, el pueblo mismo—, es como únicamente se puede explicar la significación jurídica de los métodos para reclutar las cámaras. Mediante éstas se organiza el pueblo como órgano primario. En el Estado, con representación popular, el pueblo es no sólo la expresión de una suma indistinta, esto es, la comunidad de los que pertenecen al Estado, sino una unidad organizada para la designación de representantes. Los distintos sistemas sobre los cuales descansa el nombramiento de las cámaras son otros tantos modos de la organización del pueblo. Éste, como órgano del Estado, tiene un carácter enteramente distinto según que sus representantes sean nombrados por derecho hereditario, por la corona o por la ley, o según que se designen exclusivamente mediante la elección. Es distinto el pueblo, como elemento activo del Estado, según que esté organizado por virtud del derecho de sufragio directo o indirecto, sistema de clases o grupos de intereses particulares o sufragio universal e igual para todos, y según que se admita para la formación de las cámaras el sistema de las mayorías o el de la representación proporcional. Esto se muestra con más claridad aún en los Estados democráticos, en los cuales toda la ordenación del Estado descansa en la voluntad del pueblo. Cuando la teoría francesa del derecho político afirma que el sufragio universal es el fundamento de la Constitución del país, quiere decir que en los círculos electorales el pueblo francés se da a sí mismo su órgano secundario, de un modo directo o indirecto, mediante un órgano de creación particular. Por esto la organización electoral es el fundamento de toda la organización política en las democracias representativas. Aún se pone esto más de manifiesto en las federaciones democráticas, en las cuales, por lo común, existe una cámara de representantes de los Estados. La teoría usual de la representación no puede ver en la cámara de los Estados, senado o Standerat, sino una cámara electiva corriente, cuyos representantes no pueden recibir instrucciones de los Estados que los designan.[36] Pero la naturaleza federal de tales Estados sería entonces incomprensible, pues es preciso tener presente que los Estados tienen el carácter de órganos primarios como partes integrantes en la formación del Estado general.

[36] El caso antes mencionado: las instrucciones que reciben los miembros del senado americano de las legislaturas que los envían, sólo puede hoy considerarse como una excepción.

Lo que hemos dicho de la república democrática puede igualmente afirmarse de las monarquías constitucionales. Aun cuando el pueblo tiene en éstas otra situación y posee menos derechos, sin embargo, la organización de aquél para los fines de la designación de sus representantes es también una parte de la organización del Estado.

A esta doctrina se le podía objetar con el caso excepcional de los Estados Unidos de América, donde la elección de presidente se lleva a cabo por unas elecciones generales; cabría, por consiguiente, decir: es imposible un acto unívoco de la voluntad popular, pues el pueblo está dividido en circunscripciones electorales, y en el acto de la elección hay sólo una suma de actos voluntarios particulares de distintas fracciones del pueblo. Pero un órgano del Estado, ya sea individual o colegiado, ha de tener unidad de voluntad; por esto no sería acertado considerar al pueblo organizado para la elección como un órgano del Estado.[37] En realidad, en la elección, cualesquiera que sean las circunscripciones en que el voto se lleve a cabo, tiene lugar un acto de voluntad unívoca del pueblo en su totalidad, pues no sólo se encamina el acto de la voluntad de los electores y de las circunscripciones electorales a designar un candidato particular, sino a formar las cámaras. Este importante punto de vista jurídico es el que aúna a todos los electores, sea cual fuere el partido al que pertenezcan. Por esto toma parte también en la formación de las cámaras aquel que ha votado a un candidato derrotado, y su acto electoral es, en este aspecto, de una significación jurídica tan importante como el del que vota por un candidato elegido. Esto mismo sucede con las renovaciones parciales y con las elecciones decisorias, en las que la voluntad del elector tiene por fin completar la cámara, según exige la Constitución. La totalidad de los votos particulares forma, por tanto, un acto común del pueblo organizado para el acto de la elección, encaminada a la formación de las cámaras, abstracción hecha de los actos parciales particulares, por distintas formas que puedan revestir y por distantes que se encuentren en el tiempo.

Por esto, las ideas relativas a la apelación del gobierno a los electores y a las decisiones de éstos sobre cuestiones de principios no sólo tienen un valor político, sino jurídico. El pueblo, en casos dados, exterioriza mediante el voto un punto de vista determinado, que adquiere valor jurídico por medio de su órgano secundario. En los estados de la Unión americana, la facultad de hacer la revisión total de la Constitución se atribuye a convenciones especiales. Los electores, en las convenciones, se deciden, según su programa, por la revisión o contra ella. El pueblo elector muéstrase aquí, sin que exista mandato imperativo en el acto mismo de

[37] Criterio que yo mismo había mantenido en *Gesetz und Verordnung*, p. 209.

la elección, con una voluntad única sobre una determinada cuestión. Estos hechos no se pueden explicar jurídicamente con las fórmulas usuales. La facultad de disolver las cámaras elegidas, por ejemplo, es en los Estados de constitución representativa, uno de los derechos más importantes del gobierno. Si el derecho político, como acontece en la teoría dominante, no puede hacer sino reconocer la existencia de los principios jurídicos constitucionales sin poder rebasar estos términos para indagar su significación, es cuestión de preguntarse qué valor tiene para el conocimiento jurídico una ciencia que, cuando se trata de los problemas más fundamentales, sólo puede abordarlos desde un punto de vista estadístico.

En la doctrina que aquí mantenemos, lo más importante jurídicamente es que mediante ella se hacen comprensibles, por vez primera, fenómenos importantes de la vida de los Estados de estructura constitucional. La mayor parte de éstos tienen establecido, por lo que respecta a las cámaras electivas, la renovación integral, y conceden a los gobiernos el derecho a disolverlas. Si, pues, el periodo legislativo ha terminado o las cámaras han sido disueltas, ¿qué carácter tiene el Estado en el interregno hasta que tiene lugar una nueva convocación o elección? Según la doctrina dominante, tales Estados constitucionales serían al propio tiempo, de un modo intermitente, Estados absolutos; lo cual no hay duda alguna de que es inexacto. Si el Reichstag alemán es disuelto o se convocan nuevas elecciones, no por eso falta al pueblo su órgano en el espacio de tiempo que media desde la conclusión de las sesiones hasta la terminación de las nuevas elecciones en el reino, sino que más bien puede decirse que la permanente institución legal de la organización electoral continúa existiendo, y a su vez, el pueblo, como órgano primario, está allí para ejercer la actividad de órgano que le compete, cualesquiera que puedan ser las formalidades que haya de llenar para la preparación de la elección. El imperio alemán no es un Estado absoluto en ningún momento. El órgano secundario del pueblo es intermitente, mas el primario es permanente.

5. Si bien la idea de la representación en el campo legislativo se ha formado cuando ha nacido el parlamento, es, como se ha mostrado al comienzo de este capítulo, muy antigua, si de lo que se trata es de explicar el gobierno. Mediante la idea de que el pueblo es en el Estado la fuente necesaria de todos los poderes, fue considerado el monarca como delegado del pueblo y sólo hacíase cuestión este punto: si el derecho que se le concedía era o no revocable. Por esto se desarrolla en la teoría del Estado de la Edad Media la concepción de que el príncipe era representante del pueblo; mas es de advertir que, de igual suerte que en la Antigüedad, no existió en la Edad Media un claro conocimiento de la cualidad de órgano del pueblo, y a consecuencia de ello, al determinar la situación

jurídica del príncipe se confunden en él su carácter de órgano primario del Estado con el de representante del pueblo.

A esta doctrina va unida la del derecho natural moderno; por su influjo se abre camino la idea de que el pueblo, en cuanto suma de individuos, no es el Estado, sino que éste representa más bien al pueblo organizado conforme a una constitución en la forma de corporación, con lo cual el pueblo no es concebido como anterior y superior al Estado, sino en el Estado mismo. En él incide de un modo permanente, según lo exige la teoría del derecho natural, la fuente de todos los poderes, y, por tanto, todos los que ejercitan éstos advienen, no órganos directos del Estado, sino órganos por mediación del pueblo. De un modo legislativo expresóse esto por vez primera en los Estados Unidos y más tarde en las constituciones francesas. El gobernador o presidente, así como el rey, son representantes del pueblo, órganos secundarios del Estado. Bajo el influjo de la doctrina de Rousseau generalízase la idea de que el jefe del Estado es un servidor, esto es, un órgano mediato de aquél; doctrina que, precisamente por esto, no era admisible, pues el pueblo no es un señor que pueda mandar al jefe del Estado y hacerle a su vez dependiente, de un modo permanente, de las órdenes y servicios que le dicte. Por esto el jefe del Estado, en los Estados constituidos, es irresponsable o responsable de lo que hace, en uso del poder que se le concede; pero en tanto que se mantiene dentro de las atribuciones de su poder, no hay otro superior a él. En este punto es en el que surge el dogma de la división de poderes, el cual faculta al jefe del Estado para el ejercicio supremo del suyo de un modo independiente, de igual suerte que se lo concede al parlamento.

De aquí se sigue que los jefes de Estado, en las repúblicas democráticas modernas, sean órganos inmediatos del Estado, pero secundarios.[38] Tampoco les faltan por completo los derechos de órgano primario. Así se muestra cuando se trata, por ejemplo, del nombramiento de las cámaras mediante la elección, la cual, o se lleva a cabo por el pueblo mismo, o por el órgano de creación nombrado por él (los electores en América, o en Francia y Suiza, las dos cámaras reunidas, las cuales, en este caso, gozan de una competencia extraordinaria).

Los monarcas, por el contrario, son órganos primarios del Estado. Si las constituciones belga y rumana, siguiendo el modelo de la francesa de 1791, consideran al rey como representante de la nación, esto no tiene alcance jurídico alguno; pues el pueblo no puede nombrar al rey, desposeerlo ni exigirle responsabilidad, por lo cual le falta toda posibilidad de aparecer frente a él como órgano primario. Aquellos principios constitucionales tienen sólo la significación de que, mediante ellos, se expresa

[38] Véase *System des. subj. öff. Rechte*, pp. 146 ss. (2ª ed., p. 154).

el hecho histórico de la implantación de la dinastía por la elección de las cámaras y se determina la competencia de la corona.[39] Tampoco en las monarquías basadas en principios democráticos tiene el jefe del Estado por esta razón el carácter de representante del pueblo.[40]

Aun queda una tercera dirección, en la que esta idea de la representación adquiere gran importancia.[41] Si un funcionario ejerce su misión con independencia del jefe del Estado, y por consiguiente, no está sometido a las órdenes de éste, entonces, en tanto que independiente, es representante del jefe del Estado y no órgano mediato de él. Esto es aplicable especialmente a los jueces. Allí donde, como acontece en los Estados Unidos, éstos no tienen un superior, y son nombrados, ya por sufragio del pueblo, ya por el poder ejecutivo, sin que éste ejerza sobre ellos influjo alguno, es manifiesto el carácter representativo del juez, los cuales en tales Estados son órganos inmediatos y secundarios de éste.[42] Otra cosa acontece en los Estados en que los jueces se ven sometidos de un modo permanente al poder de la autoridad suprema que los nombra. En tales casos, tienen el carácter de órganos mediatos en cuanto sometidos a las facultades de la administración de justicia, y al declarar el derecho son representantes del jefe del Estado. Declarar el derecho en nombre del monarca quiere decir que el juez obra como órgano secundario de éste, que su voluntad es, de un modo inmediato, la voluntad del monarca, así como la voluntad del representante del pueblo es voluntad del pueblo. Con una admirable intuición han dado expresión jurídica a esta idea los ingleses, al atribuir al rey la ubicuidad en los tribunales y afirmar que el rey habla por boca de los jueces mismos.[43] La situación de los jueces en la monarquía es, por tanto, la de órgano secundario mediato e inmediato. Aún con más claridad que en los jueces profesionales se muestra este carácter en los que no ofrecen este carácter. Con el desarrollo progresivo de los tribunales especiales industriales para resolver las diferencias en el seguro obrero, en los cuales la elección de juez compete al gobierno, se hace cada

[39] Después de realizada la delegación ordinaria, el poder del rey es tan irrevocable como si procediese de un derecho tradicional y originario. Vauthier, *op. cit.*, p. 20. Véanse también las acertadas observaciones de Smend, *op. cit.*, pp. 47 ss.

[40] Pero puede muy bien ejercer en la monarquía los derechos secundarios del monarca. Por ejemplo, el regente es el representante del monarca impedido. Véase el cap. XVI, § 2*a*, p. 488, y *System*, pp. 145-146 (2ª ed., pp. 153-154).

[41] No es ésta la ocasión de explicar todas las relaciones de representación. Así, los derechos del emperador en el imperio descansan en la representación de los gobiernos confederados, y la situación del canciller imperial es, en realidad, de representación. El *Statthalter* de la Alsacia-Lorena representa al emperador, en tanto que ejercita atribuciones imperiales. Las autoridades colegiales representan por lo común al presidente, etcétera.

[42] Véase *System*, p. 151 (2ª ed., 158), n. 1(2). Gierke ha afirmado que los jueces deben ser considerados esencialmente como órganos inmediatos del Estado. *Genossenschaftsrecht*, I, p. 829.

[43] Blackstone, I, 7, compara al juez con un espejo en el que se refleja la imagen el rey.

vez más difícil determinar la cualidad jurídica de órgano secundario del juez.

También en los tiempos modernos se han creado autoridades administrativas en el Estado, sustraídas total o parcialmente a un poder de autoridad superior, de suerte que en ellas la derivación de su competencia de órganos superiores del poder reviste asimismo el carácter de una ficción, tanto más cuanto que dicha competencia sólo en una pequeña parte ha sido instituida por el jefe del Estado. Los consejos provinciales prusianos, las comisiones de distrito o provincia, los consejos de distrito en Baden; las comisiones de distrito y de provincia en Sajonia, la oficina imperial de seguro y otras autoridades políticas revestidas de *imperium* en las que el carácter honorario desempeña tan gran papel, son independientes, dentro de estas atribuciones, de todo poder, a tal punto que apenas si se les puede colocar en el rango de las autoridades incluidas por nosotros entre los órganos mediatos, y es cuestionable si sus funciones pueden ser consideradas como formando parte potencialmente de la competencia del monarca. Daremos una explicación más detallada de esto cuando nos ocupemos de la autonomía administrativa.

6. Lo que hemos dicho del Estado es aplicable a las asociaciones de derecho público. También poseen ellas órganos representativos cuando quien tiene poder para decidir no es la totalidad de los miembros, sino una comisión delegada por ellos; mas esto sólo vale para la deliberación y decisión, no para la ejecución. El proceso característico de la evolución de la democracia moderna no ha abarcado tan ampliamente el derecho de asociación para que se consideren las juntas de las corporaciones de derecho público, especialmente la de los municipios, como órganos de la corporación, sino que este carácter lo tiene como expresión de la totalidad de los miembros. Más bien se funden aquí las asambleas y representaciones municipales como órganos de creación; ambas dan a la corporación, mediante el acto electoral, un órgano primario e inmediato. Sólo a la representación elegida de tales corporaciones es a la que se aplica, por analogía, la idea de la representación. Alcaldes y concejales, por ejemplo, son por esto órganos primarios, y el colegio de los diputados de la ciudad, concejales, etc., órgano secundario, inmediato, de la misma.[44]

[44] Es de extrañar que la idea de la representación en la organización de las asociaciones de derecho público no haya sido objeto hasta ahora de investigaciones especiales y minuciosas en la literatura moderna. En las nuevas leyes municipales ha encontrado ya cabida el principio aplicado a los miembros de las cámaras, a saber: que los miembros de las representaciones del municipio no están obligados por instrucciones o mandatos de los electores. Véase, por ejemplo, *Preuss. Städteördnung f. d. östl. Prov.* del 30 de mayo de 1853, § 35. *Landgemeindeordnung f. d. östl. Prov.* del 3 de julio de 1891, § 102.

XVIII. LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1. Historia de la teoría de las funciones

Quien considere la teoría de las actividades del Estado, fácilmente habrá de comprender que la investigación abstracta del Estado ha de conducir a un exacto conocimiento de él, y que mediante un conocimiento cada vez más amplio, se habrán de ir fijando las funciones esenciales del mismo. La historia de la literatura del derecho político nos presenta una masa confusa de ensayos de clasificación. Sin embargo, subsiste y se mantiene con gran significación aquella que separa como direcciones fundamentales del poder del Estado las funciones legislativa, ejecutiva (gobierno y administración) y judicial, dejando de lado las diferencias relativas a la concepción de la naturaleza y modo de estar relacionadas estas funciones. Las otras divisiones efímeras han sido desechadas a causa de un progreso en el conocimiento de la naturaleza del Estado, que ha hecho que prevalezca la doctrina más acertada.

El examen atento de esta cuestión muestra que aquí, como en todas las doctrinas serias sobre política y derecho político, las distintas divisiones que ostentan un carácter científico han tomado por base la realidad histórica de la vida del Estado en la época en que estas doctrinas se formularon. Todas las divisiones de las funciones del Estado, debidas a escritores de importancia, revelan que, al hacerla, tuvieron presente el Estado concreto de su época y abstrayeron después, de las actividades observadas, una doctrina general. El camino así abierto es el que ha sido continuado. De un modo más o menos manifiesto, todos los escritores parten del sistema de los órganos del Estado o de las atribuciones formales del órgano supremo de éste, tal como se ofrecía en su tiempo, e intentan reducir los distintos órganos o formas externas de la actuación de la voluntad del Estado a sus funciones fundamentales, a causa de la convicción, inconsciente a menudo, de que la separación de los órganos y formas necesita tener como base una distinción real. Una vez más búscase en la historia lo racional, y con el caso particular histórico se construye la teoría general.

Esto se ha mostrado por vez primera de un modo incuestionable en la antigua doctrina del Estado. La célebre teoría de Aristóteles sobre las tres partes del poder de aquél[1] se limita simplemente a describir los caracte-

[1] *Pol.*, IV, 1297, *b.*, 1998, *a.*

res típicos del Estado griego de entonces, senado, autoridades, tribunal popular, y de las actividades que estas tres ejercitan, deriva él una división de los asuntos del Estado.

Los asuntos que atribuía al βουλἐυὀμενον περί τῶν κοινῶν, no tienen un enlace íntimo, sino que corresponden simplemente al círculo de actividad del órgano supremo del Estado-ciudad de los griegos. Estas diversas atribuciones, decisión sobre la guerra y la paz, sobre alianzas, legislación, justicia, delitos graves, elección de empleados y jueces, son las que competen al elemento supremo del Estado (κύριου), y son, por esto mismo, en su conjunto, los más importantes asuntos de éste. De igual modo, considera Aristóteles que los magistrados tienen un poder de mando, y esta razón le hace ver en tal competencia el signo principal de ἀρχαί, así como el juez tiene como contenido de su actividad la δικάζον. De las funciones, pues, que se derivan de estos tres elementos de la organización del Estado, deduce Aristóteles una división de los asuntos del mismo. A sujetos distintos deben corresponder funciones diferentes. La relación de derivación no se ha de establecer de funciones a órganos, sino más bien al contrario.

La teoría moderna del Estado tuvo que habérselas en sus comienzos con la monarquía absoluta. En ella no se puede encontrar otra división de las actividades del Estado que las que atañen a las direcciones particulares del poder monárquico. En lucha con la doctrina de Aristóteles, afirma Bodino[2] la teoría de los derechos de soberanía o majestad, con los cuales forma una serie que enumera cual si fuesen hechos que no han menester de justificación. En otro lugar hemos mostrado cómo tenía presente ante todo las relaciones históricas francesas de su tiempo. Otro tanto sucede con Hobbes, que pugna por derivar de los fines del Estado los derechos particulares del soberano, los cuales toma esencialmente de la organización del Estado inglés. En una forma más clara y sistemática intenta Puffendorf, en Alemania, deducir de la naturaleza del Estado las *partes potentialis summi imperii* como medios lógicos necesarios para alcanzar los fines del Estado.[3] Pero también estas divisiones, precisamente porque en apariencia sólo tienen un carácter racional, llevan consigo algo de arbitrarias y el que tales exteriorizaciones del poder supremo sean divididas de este o aquel modo depende enteramente de un criterio subjetivo. Posteriormente, la literatura alemana se ha mostrado

[2] I, 10, pp. 232 y 235.

[3] VII, 4, 2 ss. Distingue como *parte potentialis, la potesta legislatoria, poenas sumendi, judiciaria, belli et pacis idemque foederum feriendorum;* además, el *jus magistratus constituendi* y *tributa indicendi* y, por último, el *examen doctrinarium.* También Puffendorf tuvo en consideración, para su división, las relaciones del Estado de entonces, especialmente del Estado territorial alemán desde la paz de Westfalia.

como si careciese enteramente de principios.[4] Las complicadas relaciones políticas de entonces, unido al carácter patrimonial de los Estados particulares, influyeron en la concepción de las relaciones, orientándolas en una dirección favorable al Estado absoluto de policía, de suerte que los príncipes llegaron a disfrutar de una variedad confusa de derechos supremos, distintos en este sentido de los derechos del soberano. Con este concepto del derecho de soberanía mézclase el antiguo de los derechos de regalía del emperador con el teórico de los derechos de majestad. Como no se puede hallar una distinción general de estos derechos de soberanía, se les diferencia por su objeto, y de aquí nace un gran número de derechos soberanos que empiezan por el de guerra y continúan con el de caza, pesca, etc., a los que se les somete después a divisiones totalmente infructíferas, tales como las de derechos esenciales y accidentales, generales y particulares, cedibles y no cedibles, directos e indirectos, limitados e ilimitados, interiores y exteriores, superiores e inferiores, útiles y no útiles.[5] Todas estas divisiones, casi olvidadas hoy, han dejado no obstante una enseñanza, a saber: que es enteramente anticientífico querer agotar los poderes del Estado por la enumeración de sus contenidos.

El concepto del derecho material de soberanía sólo tiene hoy una significación práctica en cuanto debe indicar en casos concretos la dirección del poder del Estado en un determinado punto. De aquí que se haya hecho uso de este principio al tratar de la doctrina de la división de las funciones del Estado en un Estado federal y en un miembro de éste; pero no se pretende convertir un principio de división en un principio para el conocimiento de la esencia de la actividad del Estado, sino que simplemente se trata de designar al poder de éste desde el punto de vista de determinadas competencias. Si se habla en tales casos o en otros de los derechos de soberanía territorial, derecho de guerra, de justicia, etc., nunca se quiere indicar con ellos poderes separados, sino objetos distintos de un único poder del Estado.

Otro principio de división es el que se refiere al sistema de las autoridades. Es verdad que el soberano territorial centraliza en su persona toda la actividad del Estado, pero bajo él se encuentran distintas clases de autoridades para las diferentes ramas de la administración, las cuales, por tanto, se dividen de una manera puramente formal, según las diferencias entre esas autoridades. Conforme al modelo francés, se han separado desde el siglo XVI, de un modo más o menos acentuado, distintos órganos, como el encargado de asuntos extranjeros, el de cuestiones militares, el

[4] Véase acerca de esto Dock, *Souveränetätsbegriff*, pp. 62 ss., así como la rica bibliografía que contiene.

[5] Véase una recopilación de estas divisiones en Klüber, § 99, n. c. Una vuelta a estas antiguas teorías representan hoy las de Seidler y Rosenberg, véase cap. XIV, II.

de hacienda, el de justicia y el de policía. Aun allí donde se hallen reunidas varias de estas cuestiones administrativas, puede encontrarse una separación interior entre las autoridades mismas, debida ya a divisiones particulares, bien a la separación de alguno de los grados de competencia. De este modo nace la doctrina de los cinco grandes ramos de la administración, doctrina que descansa, ante todo, en la diferencia de autoridades y no en la diferencia material del grupo mismo; por lo cual es muy difícil, y a veces imposible, basar en esta división una distinción conceptual. A causa de la unión íntima entre todas las actividades administrativas, hay ocasiones en que con igual derecho puede caer un asunto dentro de una u otra rama de la administración.

A fines del siglo anterior se unió esta doctrina de la división de los órdenes de la administración a la antigua de las regalías y a la nueva teoría francesa de la división de poderes, resultando una síntesis muy adecuada, por lo demás, a la época en que precisamente se efectuaba la transformación del antiguo territorio en Estado moderno. Por eso hallamos, por ejemplo en Höpfner, entre los derechos de majestad, no sólo el del poder legislativo y ejecutivo, sino el económico y el de policía,[6] y en Schlözer, junto a la *potestas legislativa y ejecutiva* una *potestas cameralis.*[7] Gönner establece toda una serie de poderes, además del reglamentario y el judicial, tales como el de policía, el ejecutivo, el penal y el financiero.[8] Leist busca el medio de utilizar, para su clasificación de las funciones del Estado, la oposición que establecen las teorías francesas entre el poder legislativo y ejecutivo como derechos particulares de gobierno, y estos mismos poderes como derechos generales de gobierno,[9] lo que halló continuadores durante largo tiempo.

Tampoco puede hacerse consistir la oposición entre justicia y administración, tal como en Alemania se ha ido formando, en una separación conceptual, sino, ante todo, en una oposición entre las autoridades y de éstas con respecto al soberano. La Edad Media desconoció esta oposición. La concepción eclesiástica de la *jurisdictio* abarca, asimismo, no sólo el poder judicial en el sentido estricto, sino todo poder de autoridad. En el imperio, jamás se llega a una distinción fundamental entre justicia y administración. El consejo supremo del imperio es tanto autoridad judicial cuanto administrativa en el sentido actual. Por el contrario, a partir del siglo XVI, mediante la centralización cada vez más fuerte del poder del príncipe, y con la mayor intensidad que adquieren al propio tiempo las acti-

[6] *Op. cit.*, p. 1.

[7] *Op. cit.*, pp. 100-101.

[8] *Staatsrechts*, pp. 422 ss.

[9] *Lehrbuch des teuschen Staatsrechts*, 2ª ed., pp. 303 y 360 ss. Los derechos particulares de gobierno comprenden, además de los de establecer y nombrar a los funcionarios, los poderes de justicia civil y criminal, policía, hacienda y el poder militar.

vidades administrativas, van apareciendo nuevas autoridades al lado de la de los señores o bien se unen las nuevas actividades administrativas a los tribunales ya existentes. La separación entre la justicia y la administración o se ha fijado más tarde o se ha restablecido la antigua sustantividad de los tribunales ordinarios. No hay, ni puede darse, un signo general material que separe la justicia de la administración. Por eso, aún hoy, todos los teorizadores se contentan con afirmar que esta oposición se ha formado históricamente, y que corresponde a la justicia lo que como tal se ha ido considerando en la evolución de la historia. La evolución moderna de la jurisdicción administrativa, así como las profundas investigaciones doctrinales acerca de la naturaleza de la jurisdicción y de la administración, muestran que la distinción entre justicia y administración es cada vez más formalista, esto es, que se trata de categorías que hay que referir a los fenómenos exteriores de las autoridades que las ejecutan, las cuales no pueden aclarar las diferencias de las funciones del Estado que alcanzan en ellas su expresión.

La distinción más fecunda y científica entre las funciones del Estado es la que nace del reconocimiento de la oposición en que se encuentran determinados miembros del mismo.[10] Acontece con este tema lo que ocurre con la oposición entre príncipe y pueblo —o sea el dualismo del Estado medieval—, esto es, que ha influido de un modo poderoso en la formación del Estado moderno. El intento de hacer una unidad de príncipe y pueblo sólo puede conducir a conceder a uno un lugar preeminente y a otro un lugar subordinado. Si se atribuye al pueblo el supremo poder, éste no puede manifestarse sino mediante las conclusiones que la mayoría adopte, cuyo contenido forman las leyes. Esto es lo que afirma la teoría aristotélica, que tanto ascendiente tuvo en la Edad Media, acerca de las relaciones del senado con las autoridades, así como la doctrina romana del derecho del pueblo para legislar, doctrinas que ofrecen, en la época de apogeo del poder de los estados o clases, a la doctrina del Estado de la Edad Media, la forma jurídica para la relación entre *populus* y *rex*. Aquellos que representaban el derecho del pueblo afirmaron enérgicamente, a causa de esto, la superioridad de la ley sobre el rey, ante la cual el príncipe es un mandatario a quien se confía la ejecución de aquélla. Marsilio de Padua, al comienzo del siglo XIV, estableció una distinción entre el poder legislativo y el ejecutivo, paralela a la de pueblo y príncipe.[11]

[10] Para la historia de la doctrina de la división de poderes, véase Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, París, 1881, pp. 3 y ss.; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 56 ss.; D'Eichthal, pp. 98 ss.; Esmein, *Droit const.*, pp. 300 ss.

[11] *Defensor pacis*, I, 12, 13. Además, en el siglo XV, Nicolás de Cusa, *De Concordantia Catholica*, Pref. I, II, 14. Véase sobre ambos Rehm, *Geschichte*, pp. 187 ss., el cual hace notar acertadamente, que ambos se basan, para esta distinción, en las diferencias de órganos, no en las de funciones.

Las teorías del derecho del pueblo muévense en la época que sigue dentro de este mismo círculo de ideas. Así, por ejemplo, entre los monarcómacas el rey es considerado como *minister, custos, exsecutor legum.*[12] Estos escritores se refieren a instituciones de clases, y si bien es verdad que en la época de los Tudores está ya enteramente terminada la constitución del parlamento, también es cierto que esto mueve a Hooker, bajo el reino de Isabel, a estimar por vez primera la función del rey como subordinada a la del legislador.[13] En la época del Commonwealth, a causa de la situación creada, se establece una distinción clara entre una y otra, pues la situación del protector y del parlamento necesitaron ser expresamente regladas en virtud de la transformación de la Constitución, la cual no había de volver a descansar sobre las tradiciones del derecho común; así se expresó en el *Instrument of government.*[14] Después de la revolución de 1688, la situación del rey advino enteramente distinta mediante el *Bill of Rights,* no sólo a causa de las relaciones efectivas del poder, cuanto por razón de la limitación de algunas de sus atribuciones. Por todo lo cual, la situación de la corona llegó a ser diferente de la que había sido en la época de la dinastía de los Estuardos, definitivamente expulsada. Al nuevo orden del Estado le ha dado Locke su expresión, al distinguir el poder legislativo o dominante del ejecutivo o subordinado y colocar sobre ambos el poder federativo y la prerrogativa.

La teoría de Locke, por importante que haya sido para la doctrina del Estado democrático, singularmente a causa de su influjo en la ley constitucional americana, no rompe en modo alguno con la antigua concepción del rey al apoyarse completamente en las bases de la teoría de la soberanía del pueblo. Las cuatro funciones de que habla se reducen a dos órganos, uno de ellos el rey, al cual deben corresponder no sólo el poder ejecutivo, sino también el federativo y la prerrogativa. También le atribuye una parte positiva en la legislación tal y como era propio de los reyes y del jefe supremo del Estado aún en la época de la república, en Inglaterra. Pero la prerrogativa (concepto peculiar del derecho inglés) significa lo que corresponde al rey una vez deducidas las limitaciones que le impone el parlamento, poder que ejercita de manera libre en interés del bien común.[15] Según Locke, el rey posee además toda *jura majestatica* tal

[12] Véase Jellinek, *Gesetz und Verordnung,* pp. 58 ss.

[13] *The Law of Ecclesiastical Polity,* I, 10. Edición Morley, Londres, 1888, pp. 96 ss. Véase también Jellinek, *Gesetz u. Verordnung,* pp. 48 ss.

[14] I. *"That the supreme legislative authority in the Commonwealth of England [...] shall be and reside in one person, and the people assembled in Parliament."*

II. *"That the exercice of the chief magistracy and the administration of the government [...] shall be in the lord Protector..."* Gardiner, *Const. Docum.,* p. 314.

[15] Locke, II, 14, §§ 159 ss. Es muy expresivo, especialmente este pasaje: *"Many things there are which law can by no means provide for: and those must necessarily be left to the discretion of him that has the executive power in his hands, to be ordered by him as the public*

como hablaba de ello la teoría, desde la época de Bodin y Hobbes, y a pesar de su obediencia y subordinación a la ley, se le ha de considerar como el órgano supremo del Estado, como el soberano.

A pesar de haberse inspirado en las concepciones de algunos autores anteriores,[16] fue Montesquieu el primero que hizo dar un paso decisivo[17] a la teoría de que venimos ocupándonos, por cuanto no sólo diferencia, como había acontecido hasta entonces a menudo, las funciones objetivas del Estado conforme a las constituciones existentes, sino que quiere atribuir aquéllas a órganos separados entre sí. Hay en todo Estado tres clases de poderes: el legislativo, el ejecutivo y el judicial. El segundo aparece en Montesquieu en lugar del que Locke había llamado federativo, y representaba por tanto la actividad del Estado dirigida hacia el exterior.[18] No se hallará en él una clara visión acerca de la naturaleza de la administración, muy desarrollada ya por entonces; por esto cae toda ella en Montesquieu dentro del dominio de la ejecución de la ley. Los ingleses, mediante su idea de la prerrogativa, que abarca todas las facultades administrativas del rey, estaban preservados de incurrir en esta unilateralidad. De la consideración de las ideas dominantes oficialmente por entonces en la Constitución inglesa, saca Montesquieu esta convicción: que a órganos completamente separados unos de otros en sus *funciones* corresponden poderes internamente separados también, pues a pesar de todos los contactos que puedan establecerse entre los titulares de los poderes, las funciones de cada uno de éstos quedan separadas entre sí. El jefe del poder

good and advantage shall require", § 159. Locke atribuye a la prerrogativa, según la antigua concepción inglesa, el derecho de determinar el tiempo, el lugar y la duración de las sesiones del parlamento (§ 107).

16 Véanse nuevos datos acerca de los orígenes de la doctrina de la división de poderes del Estado en Inglaterra, y su conexión con las antiguas teorías de las formas mixtas del Estado, en Hatschek, *Engl. Staatsr.*, pp. 19 ss.

17 Esto debe ser afirmado enérgicamente contra la moda de presentar a Montesquieu meramente como un repetidor de puntos de vista extraños. Ni Locke ni Bolingbroke (véase acerca de su doctrina G. Koch, *op. cit.*, I, 1892, pp. 145 ss.) ni Swift, al cual Jannsen, en su obra *Montesquieu Theorie von der Dreiteilung der Gewalten im Staate auf ihre Quelleszurückgeführt*, 1878, quiere presentar como el verdadero autor de esta doctrina, han concebido todos los elementos de la división de poderes en la forma que el autor de *L'Esprit des lois*. También es preciso ser cautos respecto al conocido reproche de que Montesquieu no ha conocido la Inglaterra real, porque no se propuso hacer de ella la base de su doctrina. Por eso dice en un lugar apenas citado del famoso capítulo VI del libro XI: *"Ce n'est point à moi a examiner si les Anglais jouissent actuellement de cette liberté ou non. Il me suffit de dire qu'elle est établie par leurs lois, et je n'en cherche pas davantage"*. No podía decir con más claridad Montesquieu que no era la Inglaterra real la que realiza la libertad política, sino una Inglaterra construida por él como prototipo de Estado, tomando por base determinados datos concretos.

18 Primeramente la llama (XI, 6) la *"puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens"*; de aquí deduce, como formando su contenido, el derecho de la guerra y la paz, el de enviar embajadores, el de mantener la seguridad, evitar las invasiones, y la llama *"simplement la puissance exécutrice de l'État"*.

ejecutivo ejercita la *faculté d'empêcher*, pero no la *faculté d'statuer*, y él opone su veto a una ley, no por esto tiene una parte positiva en la legislación. El poder legislativo no puede, sin duda alguna, detener la marcha del ejecutivo, pero le corresponde determinar el modo y manera como éste ha de ejecutar la ley.[19] La única excepción que establece Montesquieu es la relativa a las atribuciones judiciales de la cámara de los lores. Pero no sabía él que esta cámara era el más alto tribunal judicial de Inglaterra, y en su virtud justifica los casos conocidos de jurisprudencia de este tribunal como desviaciones de un principio —mantenido consecuentemente por lo demás— por razones de carácter finalista.

Si se considera la doctrina de Montesquieu desde el punto de vista de la teoría de las funciones, se observará que, a semejanza de todos sus predecesores, ha deducido de la diferencia de los sujetos la de las actividades objetivas llevadas a cabo por éstos. La distinción más importante entre él y sus antecesores consiste en que, en su tipo ideal de Estado, deben coincidir, generalmente, la diferencia subjetiva y la objetiva, en tanto que desde Aristóteles hasta Montesquieu se fundó el conocimiento de la distinción objetiva en la distinción del sujeto, sin hallar obstáculo alguno para que las mismas personas participen del ejercicio de varias o de todas las funciones. Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno, en el tribunal, y según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado.

De esta concepción había de derivarse para Montesquieu la afirmación de que en el mundo no inglés están unidos varios poderes en un individuo, y sólo en el Estado ideal coinciden los poderes subjetivo y objetivo; en los demás, era precisa la oposición entre funciones materiales (objetivas) y formales (subjetivas). Él habla expresamente de Estados en que dos o más poderes se encuentran unidos en una mano; pero en esencia permanecen separados, si bien esta separación no sea visible en el sujeto.[20] No lleva esta idea más lejos, del propio modo que no se encuentra en él una investigación detallada acerca de la legislación, del poder ejecutivo y del judicial.

Doctrinas posteriores han tratado de mejorar la de Montesquieu, pero no de sustituirla con otra del todo nueva. Aquel equilibrio de poderes, del

[19] En esto pueden hallarse, sin duda, desviaciones del principio de la división de poderes. El ejercicio del veto no es por su naturaleza un acto del ejecutivo, sino que significa, incluso tal como Montesquieu lo concibe, una participación en el proceso de la legislación; del propio modo que una cámara, al votar contra la decisión de otra, ejerce funciones legislativas. Esto lo reconoce el propio Montesquieu al decir, a propósito del veto de los lores sobre cuestiones financieras, que esta cámara *"n'ait de part a la législation que par sa faculté d'empêcher"*. El control del gobierno tampoco es un acto de legislación. Así, pues, cada poder toma del otro el medio para mantener el equilibrio entre ellos.

[20] XI, 12, 14 y 16-20.

que esperaba Montesquieu la conservación de la libertad, lo creen otros, o contradictorio con los principios del Estado, o irrealizable. La doctrina de la soberanía popular, de Rousseau, descansa en el principio de la unión de los poderes en el pueblo; si bien distingue la legislación que es irrepresentable, del gobierno, el cual puede ser confiado a un *corps intermediaire* entre pueblo e individuo, que ha de estar subordinado estrictamente a la voluntad popular como lo está la fuerza a la voluntad.[21] Bajo el influjo de Rousseau ha aceptado la Revolución francesa la doctrina de Montesquieu, con la modificación importante de que el poder legislativo sea el supremo. Clermont-Tonnerre y Benjamin Constant, que le sigue, han construido un *pouvoir royal* o *pouvoir neutre*.[22] Este poder real se ha formado según el modelo de la prerrogativa inglesa[23] y debe servir para justificar teóricamente la existencia del rey en los Estados regidos parlamentariamente; pues en éstos el poder ejecutivo corresponde al ministerio, según la división tripartita de Montesquieu, y al rey no le queda atribución alguna. En Alemania se ha intentado transformar los tres poderes en derechos formales de la soberanía, y colocar junto a ellos, como poder independiente, uno u otro de los antiguos derechos de majestad, o bien se les ha incluido como una subdivisión del poder ejecutivo en la doctrina de las funciones. A distinción de la francesa, nacida de las necesidades prácticas de la política, tienen los intentos alemanes un carácter meramente literario, y sólo por virtud de la repulsa general del principio de la división de poderes, debido al derecho federal, han tomado estas teorías un aspecto práctico.

2. División de las funciones del Estado

Una construcción tan complicada como la del Estado puede ser considerada desde distintos puntos de vista, y por esto es dable someterla a diversas divisiones, atendiendo a los diferentes fenómenos que ofrece.[24] Otro tanto ocurre con sus funciones. Pero el campo de acción se estrecha si se aplica esta división a los fines prácticos para comprender tanto la estructura del Estado cuanto la naturaleza de su ordenación jurídica. Sólo tienen valor aquellas divisiones que penetran en la actividad del Estado y

[21] *Contrat social*, II, 2, III, 1.
[22] Constant, *Cours de politique const.*, I, pp. 18 ss.
[23] Constant, I, pp. 180 ss.
[24] De aquí las quejas de Haenel, *Staatsr.*, I, p. 119, acerca de la completa indisciplina que domina tanto en la práctica cuanto en la ciencia y la arbitrariedad en la determinación de los conceptos y en la terminología de los fenómenos fundamentales de la vida del Estado. Esto ocurre y ocurrirá no sólo con el Estado, sino con todo el mundo del espíritu, hasta tanto que los hombres no reciban una impresión espiritual tan honda que les imponga el aceptar sin contradicción determinados conceptos.

no se detienen en lo exterior. Pero ninguna división puede ofrecer una perfección lógica porque se trata de comprender la vida y no una materia muerta, y todo lo vivo, aun cuando se dirija a la práctica, está a menudo privado de lógica. Sólo la escolástica, muerta, podría buscarla y exigirla en todo momento, aunque en vano.

La clasificación de los contenidos de las funciones del Estado en los distintos órdenes de la administración no es una división de aquéllas. La separación de las cinco grandes ramas de ésta, a saber: asuntos exteriores, guerra, justicia, hacienda e interior, indica solamente los problemas que el Estado se ha puesto, pero no sus actividades particulares. Bajo el influjo de la teoría absolutista del derecho natural, según la cual se trataba de derechos del soberano y no de objetos de actividades del Estado, se ha conservado hasta los tiempos modernos la idea de los "derechos materiales de soberanía", a pesar de que la nueva ciencia del derecho administrativo ha triunfado con justicia sobre ella. Ramas de la administración no indican funciones sustantivas. La actividad del Estado en el ejercicio de la policía industrial, o al establecer la obligación escolar, el servicio militar obligatorio, etc., es esencialmente una e igualmente los supuestos y restricciones de su acción en estos órdenes, los cuales indican los problemas de la administración, pero no la administración misma.[25]

a) La primera división legítima es la que deja vislumbrarse en la doctrina de la división de poderes. Aun cuando esta teoría la haya rechazado la ciencia alemana, ha aceptado, bajo el influjo de los franceses, la moderna doctrina del derecho político, o sea la teoría de la división tripartita de las funciones del Estado, la cual, en muchos puntos importantes, se formula de otra manera a como lo habían hecho Montesquieu y sus continuadores.

Ante todo, rechaza la teoría alemana el doctrinarismo —del cual no se puede hacer enteramente autor a Montesquieu—, consistente en atribuir exclusivamente cada función a un órgano y exigir la separación entre éstos para el ejercicio de sus funciones. En primer lugar, la situación de los monarcas alemanes no se deja encerrar dentro de la antigua concepción francesa, porque no representan ellos nunca exclusivamente el poder eje-

[25] Haenel, *Studien*, II, pp. 180 ss., y *Staatsr.*, I, pp. 127 ss., utiliza la antigua categoría de derechos materiales de soberanía para determinar el concepto de la administración. Ésta significa para él la actividad total del Estado, dirigida a la realización de los problemas de éste. Pero tal concepto carece de limitación y lo hace incapaz de suministrarnos un conocimiento de la naturaleza de la actividad del Estado. Como, según esta doctrina, todo el cumplimiento del derecho forma parte de la administración, llega Haenel a incluir dentro de la administración al derecho privado, pues aquélla abarca todos los órdenes de la misma, una de cuyas partes es la legislación del derecho privado, *Staatsrecht*, I, pp. 171 ss. Esta doctrina, en su desarrollo pleno, se deja aprisionar en el siguiente principio: para la solución de cualquier problema del Estado, se necesita la concurrencia de todas las funciones del mismo. Esto es muy justo, sin duda alguna, pero evidente por sí mismo.

cutivo, y además es imposible, dado el nexo íntimo de toda la vida del Estado, hacer una exposición de las funciones ateniéndose a los órganos correspondientes.

Así como lo que es interiormente distinto tiende a exteriorizarse de un modo diferente, de igual suerte las diversas funciones propenden a mostrarse en órganos peculiares. La separación de las funciones corresponde a la división del trabajo entre los órganos. Esto quedará justificado en tanto refiramos la diferencia de los órganos a la de las funciones, que es lo que se ha venido haciendo durante toda la historia de la doctrina de éstas. El poder del Estado no se deja fraccionar en sus manifestaciones exteriores, de suerte que pueda hacerse una división de las funciones por los órganos correspondientes. Han sido más bien consideraciones acerca de los fines las que han determinado las funciones que a cada órgano se habían de encomendar. Por esto, como hemos hecho notar anteriormente, incluso en los países donde está reconocida la separación de poderes, no es posible realizarla de una manera completa, aun siendo conscientes de que se desvían del principio. En los Estados Unidos, por ejemplo, el congreso declara la guerra y el senado está encargado de aprobar actos administrativos del presidente (ratificación de tratados internacionales, nombramientos de funcionarios), juzga de los delitos contra el Estado y reúne en sí, por tanto, las tres funciones. Aún se ha apartado más la práctica del principio. Al presidente corresponde, respecto de las últimas sesiones del congreso, no sólo un veto suspensivo, sino absoluto, exactamente como un monarca que tuviera una participación positiva en la legislación.[26] Los jueces tienen, además, en virtud de la facultad que les confieren las leyes, el derecho de interpretar la constitucionalidad de éstas, lo cual equivale a ejercer una actividad legislativa.[27] Aún menor es esta separación entre los muchos Estados que no conocen la división de poderes en esta forma extrema, sobre todo los Estados en que prevalece el régimen parlamentario. Tal acontece en Inglaterra, donde el parlamento no sólo es legislador, sino que participa directamente en la administración mediante los *private bills*, donde la cámara de los lores es el tribunal supremo del reino, donde el gabinete necesita pertenecer al parlamento, y no en la forma, sino en los hechos, es designado por éste el primer ministro y, por consiguiente, todo el gabinete de un modo indirecto, donde el lord canciller es presidente de la cámara de los lores y al mismo tiem-

[26] Como el presidente tiene un plazo de 10 días para aceptar o rechazar un *Bill*, puede él hacer nulas muchas leyes que en cada legislatura son votadas en las últimas sesiones, simplemente con abstenerse. (Véase *Const.*, art. 1, sección 2ª, y Masson, *The Veto Power*, Boston, 1891, p. 10.) Otras constituciones americanas que han imitado a las de Norte América en el procedimiento de la legislación, como la de México (art. 71, *b)* y la de Brasil (arts. 37 y 38), ponen ciertos obstáculos para este veto absoluto del presidente.

[27] Véanse Rehm, *Staatslehre*, p. 289, y cap. XIV, § 2, p. 432, de esta obra.

po juez supremo del reino, y donde los jueces de paz, en algunas instancias, conocen de cuestiones de justicia y administración.

De todo esto se deduce la necesidad de separar las funciones en materiales y formales, esto es, distinguir las grandes direcciones de la actividad del Estado y las de determinados grupos de órganos.[28] La ingenua identificación entre actividad del órgano y función del Estado, tal como lo ha venido aceptando la doctrina del Estado desde Aristóteles hasta la actualidad, no puede dar solución a los más importantes problemas teóricos y prácticos de la doctrina de las funciones.

Las funciones materiales del Estado nacen de la relación entre la actividad del mismo y sus fines. A causa de los fines jurídicos, tiene el Estado que dirigir su actividad a la implantación y protección del derecho, actividad que se separa de las demás funciones que se proponen la afirmación de su poder y el favorecimiento de la cultura.

Además, el estudio de la naturaleza de las actividades del Estado exige el conocimiento de las formas posibles en que estas actividades se pueden manifestar. Estas formas son dos: o bien establece el Estado reglas abstractas, que como tales no dominan de un modo inmediato la realidad, sino que necesitan de una actividad propia motivada por aquellas reglas, con la cual poder realizar los hechos objetivos que a ella corresponden, o bien obra de un modo inmediato y directo en los problemas que le competen, ya conforme a aquellas normas abstractas, ya dentro de los límites que esta norma le impone. Desde este punto de vista, aparecen dos funciones: la una, normativa; la otra, de realización de los problemas determinados y concretos, mediante actividades individualizadas y dirigidas hacia ese fin.

En virtud de la relación que tiene con sus fines la actividad del Estado, surge una división dentro de la actividad inmediata de éste referente a los

[28] Esta oposición fue reconocida y desarrollada por vez primera por Schmitthenner, *Grundlinien des allg. oder idealen Staatsrechtes*, 1843, pp. 474 ss. Véase para lo que sigue Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, pp. 213 ss. No puedo aquí analizar más detalladamente la crítica que Haenel, *Studien*, II, pp. 246 ss., ha hecho de la teoría de las funciones tal como la he expuesto. Esta crítica se debe, en no poca parte, a la oposición de nuestros métodos. Quien, como Haenel, cree que detrás de la naturaleza fluyente de las instituciones políticas —que es, a mi ver, lo único cognoscible— hay algo eterno que puede ser cogido con categorías absolutas, tiene derecho a introducir en el mundo de los fenómenos, de suerte que excluya toda refutación, aquellos conceptos en forma de principios rígidos; pero ellos sólo convencerán a quien pueda presentarles la misma fuerza de credulidad que su descubridor. Es interesante ver cómo en América, donde la división de poderes es el fundamento de la Constitución, se ha reconocido ya la oposición entre funciones materiales y formales. Goodnow, *Comparative Administrative Law*, Nueva York y Londres, 1902, I, p. 25, explica con profundidad las funciones ejecutivas del legislativo, las legislativas del ejecutivo y las ejecutivas del judicial. Por tanto, la doctrina del derecho político americano no hace sino desarrollar ideas que fueron conocidas de los fundadores de la Unión y de su Estado. Véase el cap. XIV.

problemas concretos. La protección del derecho ejercitada mediante decisiones fundamentadas, que tienen por objeto aclarar o fijar con un procedimiento preordenado un derecho oscuro o cuestionado, aparece, en relación con las demás actividades, como una función especial.

En vista de esto, tenemos, pues, tres funciones materiales del Estado: legislación, jurisdicción y administración.

La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas, o dentro de los límites de ésta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como un sistema complejo.[29]

Además de estas funciones normales, hay otras actividades extraordinarias del Estado que no pueden incluirse en ninguna de las tres categorías. Ocupa el primer lugar la guerra. Es verdad que se ha intentado considerar su dirección como una actividad administrativa;[30] pero esto no es acertado, pues toda administración supone la autoridad incuestionable del Estado, la eficacia incuestionable de su *imperium* y el funcionamiento cierto de su orden jurídico, en tanto que la guerra, aunque limitada por el derecho internacional, queda fuera de todo orden jurídico. En la guerra, lo que está en cuestión es la existencia del Estado; en la administración, en cambio, se afirma su poder como un poder inquebrantable. Las propias reglas coercitivas del derecho internacional, extrañas a la guerra, están dirigidas de un modo inmediato contra el mismo Estado extranjero, como, por ejemplo, el bloqueo pacífico, y no pueden ser caracterizadas como actos de administración, porque la coacción administrativa sólo puede ejercerse con un subordinado. Tampoco es un acto de administración la lucha contra una insurrección que toma aspecto de guerra, porque en ella la existencia del Estado puede estar tan amenazada como en una guerra internacional.[31]

Según la distinción de las funciones normales, divídense los actos particulares del Estado, según su contenido, en leyes, actos administrativos[32]

[29] Véase, acerca de la naturaleza de la administración y del acto administrativo, la segunda parte. [Ésta es la que el autor no llegó a publicar. N. del T.]

[30] Véase F. von Martens, *Völkerrecht*, II, pp. 448 ss. y 477.

[31] Véanse las acertadas observaciones de O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsr.*, I, p. 11. Pero aunque Mayer quiere excluir de la administración todos los actos del orden del derecho internacional, no se ve una necesidad científica para una tal separación. El mismo Mayer reconoce (II, p. 459) que existe una administración que obedece a principios de derecho internacional.

[32] Este concepto no procede de ningún modo, como afirma O. Mayer, I, p. 95, núm. 1, del derecho administrativo francés, sino que más bien se ha formado, de manera independiente, en la ciencia alemana, pues la definición francesa del acto administrativo, como

y decisiones judiciales. De éstas, las leyes y las decisiones judiciales tienen el carácter de actos de imperio: la primera ordena una regla jurídica; la segunda subsume un caso concreto bajo la norma abstracta, y decide, es decir, fija de un modo autoritario el derecho, y dice cuál es la fuerza que le corresponde en virtud de la autoridad del Estado y las consecuencias jurídicas que se han de seguir de él.

La situación central en estas cuestiones corresponde a la administración. Ha habido grandes épocas en la historia en las que la legislación era completamente desconocida; ha sido preciso un amplio desarrollo en la cultura para que aparezca, junto al derecho consuetudinario, el derecho legislado. Aún hoy la legislación es una función intermitente. Otro tanto acontece con las decisiones judiciales. En la evolución social, pueden igualmente hallarse largos periodos de tiempo en los que en ninguna circunstancia ha necesitado el juez mostrar su actividad. Pero la administración, que contiene en sí ya al gobierno, necesita siempre ser ejercida. Sin ella, el Estado no podría existir ni un momento. Se puede concebir un Estado despótico sin leyes ni jueces; pero un Estado sin administración sería la anarquía. La administración, por tanto, es la función más comprensiva. Toda preparación de las leyes le compete a ella; la actividad del juez ella la apoya, y, por último, ella es la que asegura la ejecución de las decisiones judiciales. Aun históricamente, se muestra la administración como función fundamental, pues la legislación va unida en un principio a ella. Más tarde se le separa, y la actividad jurisdiccional, limitada en su comienzo a una acción insignificante, alcanza con el proceso de la evolución del Estado un campo de actividad cada vez más amplio. Por esto puede designarse como administración toda la actividad del Estado que queda una vez separada la legislación y la actividad jurisdiccional.[33] En esta misma posibilidad de su limitación negativa se muestra la significa-

decisión de la autoridad, no es aceptada por nosotros. No hay duda alguna de que es necesario abarcar con un concepto común todas las actividades exteriores de la administración, y considerar al acto de autoridad como incluido en aquellas actividades. (Véase también G. Meyer, p. 646, núm. 2.) Por lo demás, la teoría francesa distingue (véase Berthelemy, *Traité élementaire de Droit administratif*, 2ª ed., París, 1902, pp. 22 y 55 ss.) dos géneros de actos administrativos: *actes de puissance publique* o *actes d'autorité* y *actes de gestion*, y este último se refiere a la administración del patrimonio público, lo que prueba que, incluso en Francia, no se han contentado con aquel sentido estrecho del acto administrativo.

[33] Véase O. Mayer, I, p. 7, quien tiene presente no las funciones materiales sino las formales. Mayer separa de la administración las actividades auxiliares que quedan fuera del derecho constitucional; por ejemplo: convocación y clausura del Landtag, nombramiento de los miembros de la cámara de los señores, etc., porque, conforme a su concepción de la administración, ninguna de las actividades del Estado en condiciones de realizar sus fines pertenece a aquélla. Pero también el nombramiento de los funcionarios, que para Mayer corresponde a la administración, hace apto para sus fines al Estado. Estas actividades auxiliares pueden ser consideradas como subdivisiones especiales de la administración, pero no como coordinadas con ellas.

ción que tiene para el Estado. Sólo la administración es susceptible de ser explicada por la mera oposición a las demás actividades y órdenes del Estado.

Con el desarrollo de la legislación ha cambiado la situación primitiva de la administración. La primera adquiere cada día un desarrollo mayor, y no sólo obra limitativamente sino como dominadora de las demás funciones. Esto se muestra con claridad al considerar la realización del derecho como objeto de la actividad judicial. También queda sometida una gran parte de la administración a la actividad legislativa, a tal punto que dentro de la vida normal en un Estado ampliamente desarrollado, la administración vive en una relación de dependencia respecto de la legislación. El Estado normal fue definido, tanto antiguamente cuanto en los tiempos modernos, como aquel en el que domina la ley, esto es, como aquel en el cual la administración y la actividad jurisdiccional tienen por fundamento reglas de derecho. Las modernas teorías del Estado de derecho formuladas por Mohl, Stahl y Gneist no han añadido ninguna nueva nota a las doctrinas de Platón y Aristóteles sobre el Estado legal.

Las funciones materiales están, pues, distribuidas entre los distintos géneros de órganos relativamente independientes unos de otros, y la dirección de una gran parte de las cuestiones que corresponden a una función determinada caen dentro de la actividad del órgano competente, de suerte que todos los órganos hallan en el supremo el punto de partida y el punto de unión. La separación de las funciones corresponde a la separación de los órganos, y ya hemos dicho que esta separación no es ni puede ser absoluta. De aquí se sigue la oposición entre las funciones formales, que son ejercidas por los órganos legislativo, administrativo y judicial. Según su aspecto formal, divídense las manifestaciones de las actividades del Estado en actos formales de legislación, de administración y de justicia.

Hallamos una unión de todas estas funciones materiales, especialmente, en los órganos de la administración, la cual, en su sentido formal, tiene un poder reglamentario y de decisión. En vista del primero, participa de la legislación material, y por el segundo, de las decisiones judiciales. Los órganos legislativos no sólo cumplen aquellas funciones administrativas que están unidas a la legislación en el sentido material, sino que también toman parte en ciertos actos administrativos cuya ordenación o autorización sólo puede hacerse en forma de ley, así como en ciertos actos judiciales (tales como validez de las elecciones o resolución sobre peticiones). Los tribunales ordinarios ejercen en una gran medida, a fin de asegurar el derecho, funciones administrativas (por ejemplo: tutela, libros de catastro, custodia de los registros de comercio, de asociaciones, corporaciones, de autorizaciones, testamentos, etc.). Que el acto judicial

y la sentencia de ningún modo son idénticos, resulta de una claridez inmediata atendiendo a la propia distinción terminológica.

Si, pues, no coincide la oposición material (objetiva) de la legislación, administración y jurisdicción, con la actividad formal (subjetiva) de los órganos legislativo, administrativo y judicial, sobre la base del conocimiento de la distinción de las funciones materiales, se sigue de aquí su progresiva distribución en los órganos correspondientes cada vez con una exigencia mayor. Desde este punto de vista es desde el que se ha deducido, en vista de un conocimiento más profundo de la naturaleza de la legislación material, la superioridad de la legislación sobre el poder reglamentario y la insuficiencia del acto del gobierno para dispensar del cumplimiento de la ley sin una autorización de ésta. La separación entre administración y jurisdicción se acentúa más y más. La jurisdicción administrativa progresa de día en día, y aun allí donde existe un procedimiento según el cual están unidas las autoridades judiciales y administrativas en las instancias primera y media, existen indicios para organizar la separación de las distintas funciones de estas autoridades. En Inglaterra corresponde la decisión sobre la validez de las actas en las elecciones de la cámara baja a un tribunal judicial, y en otros Estados se ha exigido igualmente el traslado de aquellas decisiones de las cámaras a los tribunales.[34] Por consiguiente, la significación de la división entre funciones materiales y formales ha llegado a tener un gran valor práctico, porque, en primer lugar, el conocimiento del contenido de las funciones materiales es el camino para señalar lo que corresponde a las funciones formales, esto es, a la acción de un órgano de una clase determinada. Para saber hasta dónde se extiende la competencia del legislador, se necesita fijar primero qué es una ley atendiendo a su contenido. El Estado es el que señala su competencia al legislador, al que administra, al juez, y una de las ideas rectoras del Estado al atribuir la competencia, es que lo que está separado objetivamente, debe estarlo subjetivamente. Por esto no pueden identificarse jamás subjetivamente las funciones materiales y formales, porque si teóricamente puede establecerse con claridad la línea divisoria, no es esto posible en la vida. No son consideraciones de belleza arquitectónica las que determinan el orden real del Estado, sino consideraciones acerca de sus fines, las cuales traen consigo muchas veces desviaciones, incluso de reglas expresamente reconocidas.[35]

La teoría constitucional franco-americana ha visto en la separación de las funciones formales la garantía más firme del ejercicio legal del

[34] Jellinek, *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, 1885, pp. 10 ss. Véase Seydel, *Abhandlungen*, pp. 198 ss.; Walz, *Über die Prüfung der parlam. Wahlen zunächst nach badischem Recht*, impreso separadamente, 1902, pp. 115 ss.

[35] Véanse observaciones más detalladas en *Gesetz und Verordnung*, pp. 223 ss.

poder del Estado y, por tanto, la seguridad de la libertad política de los ciudadanos. Los poderes independientes forman entre sí, al propio tiempo, una red que enlaza unos con otros, influyéndose mutuamente como reguladores. La formación normal de las funciones formales debe, por tanto, llevar en sí un sistema de *checks and balances,* que se propone impedir a los poderes particulares rebasar su esfera legal. Esta fórmula abstracta, al igual de otras muchas, sólo tiene valor dentro de ciertos límites. Vale, sobre todo, cuando se trata de separar la justicia y la administración; pero si se otorga, como sucede, por ejemplo, en América, un derecho ilimitado al juez, para comprobar si la ley concuerda materialmente con la Constitución, lo que allí no es sino una consecuencia del principio de la "división de poderes", entonces la experiencia enseña que la actividad legislativa, en muchos puntos importantes, puede reducirse a la inacción.[36] En los conflictos hondos entre la administración y el poder legislativo, podría el Estado, en muchas ocasiones, encontrarse detenido en su actividad, y estos casos no pueden ser resueltos mediante la construcción de un poder legal para los conflictos de Estado, sino por la elevación de uno de los órganos en lucha con el Estado, de suerte que asuma el carácter de unificador, y al atribuirse la plenitud del poder, decida la lucha. Ante la realidad política que se muestra en tales conflictos, quedan en suspenso todas las teorías relativas a la igualdad de los poderes.

Esta doctrina del equilibrio no ha advenido aún al derecho en los Estados europeos actuales, ni aun con la limitación que implica el reconocimiento de las funciones formales. Es verdad que por obra de la teoría constitucional han penetrado en la organización del Estado algunos de estos obstáculos y balances; por ejemplo, derecho a la disolución de las cámaras efectivas por el jefe del Estado, etc. Las relaciones opuestas de los órganos inmediatos se forman, en general, mediante el conjunto de las relaciones políticas y sociales, las cuales repugnan toda reducción a fórmula.

b) La observación de la actividad del Estado ha sido causa de que se lleven a cabo en las nuevas doctrinas del Estado otras distinciones materiales importantes, que no habían sido advertidas en el transcurso de las teorías constitucionales, habiendo dado lugar, por ello, a una concepción completamente falsa de la vida real del Estado.

En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, a saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad

[36] Muchas leyes de política social han sido consideradas en los Estados miembros de la Unión americana por los jueces contrarias al *Bill of Rights,* y, por consiguiente, han sido rechazadas como inconstitucionales. Véase Jellinek, *Das Recht der Minoritäten,* p. 26, n. 44; Freund, *Police Power,* §§ 310 ss. y 735. El tribunal supremo de la Unión ha declarado hace poco que toda limitación legal de la jornada de trabajo es nula.

reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, primera también lógicamente, y constituye el fundamento de todas las demás actividades. Por ella afirma el Estado su propia existencia, pues la fundación de éste no significa jamás la ejecución de principios de derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida, parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada es una concepción irrealizable.

Esta actividad libre se encuentra en todas las funciones materiales del Estado que han aparecido separadamente en la historia. Ninguna es posible sin ella; su más amplio campo de acción aparece en la actividad legislativa, la cual, conforme a su naturaleza, debe gozar de la más amplia libertad. No menor es su importancia en la administración, donde este elemento recibe el nombre de gobierno *(Regierung)*. Un Estado con un gobierno que obrara sólo según leyes no sería posible políticamente. Sobre la dirección de la actividad que da al Estado el gobierno, jamás puede decidir una regla de derecho.

Esto se muestra singularmente en la política exterior, la cual goza casi de la misma libertad que la actividad legislativa, pues tanto las normas del derecho internacional cuanto las del político, le dejan, y no pueden menos de hacerlo, la más amplia libertad; pero incluso en el interior, la dirección de la actividad del gobierno necesariamente está sustraída a reglas políticas. Si hay algo que por su naturaleza no sea susceptible de normas, es la iniciativa que en su parte más importante corresponde a todo gobierno. Además, hay un gran círculo de actividades de gobierno, de amplitud distinta en cada Estado particular, relativo a las relaciones del gobierno con el parlamento, como lo son, por ejemplo, el nombramiento de los ministros y de los funcionarios, el mando supremo y el de la fuerza armada, el derecho de indulto y el de conceder los honores políticos. La teoría inglesa había recurrido, para esto, a la categoría de la prerrogativa, la cual había hecho nacer del derecho positivo inglés, lo que Locke, con su sentido lógico más exacto de la naturaleza del poder ejecutivo, había hecho que figurase junto a éste como un poder independiente. Bajo el influjo de la teoría francesa de la división de poderes, se consideró todo este orden de los poderes independientes como correspondientes al poder ejecutivo, pues esta doctrina apenas si paraba mientes en las diferencias internas de las funciones del Estado. La doctrina de Rousseau había sustraído de la actividad del poder ejecutivo toda actividad propia, y expresamente lo dejaba limitado a la ejecución de lo que la ley determinaba. No obstante esta teoría, la práctica francesa se vio impelida a distinguir entre *gouvernement* y *administration*, y es de advertir que casi todas las

constituciones francesas, a partir del Consulado, consideran el poder *executif* como una función particular del gobierno.[37] Los *actes du gouvernement* se distinguen, incluso formalmente, de los *actes administratifs*, pues para aquéllos no hay responsabilidad jurídica.[38] La relación entre esta actividad libre y la concepción del poder ejecutivo provenía en los franceses de la idea de que aquélla descansa completamente en un poder general, según la Constitución;[39] lo cual va íntimamente unido al círculo de pensamientos de que hubo de nacer el concepto de *pouvoir constituant*.

Mas, aun dentro del círculo de actividad administrativa cuyo contenido está determinado por la ley, existe un elemento de actividad libre junto a la actividad jurídicamente reglada. Las acciones, en el primer caso, no tienen otra norma que el deber que corresponde a los órganos del Estado, pero no puede ser constreñida por ninguna clase de principios jurídicos especiales. La administración jamás es mera ejecución o aplicación mecánica de reglas generales a casos particulares, precisamente porque no es exclusivamente actividad autoritaria, sino que lleva en sí actividad social. La administración posee, por tanto, un campo de libre iniciativa, que puede ser limitado por reglas jurídicas, pero cuyo contenido no es determinable por estas reglas.

La administración, en sentido material, contiene, pues, en sí dos elementos: el de *gobierno* y el de *ejecución*. Aquél contiene la iniciativa y la reglamentación; éste la aplicación de lo ordenado. El acto administrativo divídese, pues, en acto de gobierno y acto de ejecución; pero ambos pueden encontrarse unidos. Uno y otro se hallan unidos en el círculo de las actividades extraordinarias del Estado.

El gobierno, en el sentido de que se trata aquí ahora, tiene un carácter material, objetivo, y puede, por tanto, ser ejercido por los órganos de la legislación. Incluso el poder supremo de gobierno, el que da la dirección, puede ser atribuido a estos órganos cuando a ellos corresponde el poder supremo. En las monarquías compete al monarca el gobierno supremo,

[37] La Constitución consular sólo habla del gobierno de los cónsules, y atribuye a los ministros la ejecución de las leyes y de los reglamentos (art. 54). La carta, en el capítulo sobre las *formes du gouvernement du roi* (art. 13), reserva al rey el poder ejecutivo. La Constitución del segundo imperio habla en primer lugar sólo del *gouvernement*, y después (arts. 31 y 57) del *pouvoir executif*. La ley constitucional del 25 de febrero de 1875 sobre la organización de los poderes públicos, no define la situación del presidente, pero los conceptos que maneja son los de *gouvernement* y *pouvoir executif* (arts. 6 y 7). Sólo la Constitución de la segunda república atribuye exclusivamente al presidente, de un modo expreso (art. 43), el poder ejecutivo. Pero habla también (art. 68) de los *actes du gouvernement*.

[38] Véase sobre estos actos Hauriou, *op. cit.*, pp. 274 ss. Véase también la literatura citada por este autor en la n. 2 de la p. 274. Son actos contra los que no cabe el *recours pour excès de pouvoir*. Modernamente ha sido muy combatido el concepto de *actes du gouvernement*. Berthelemy, *op. cit.*, pp. 101-102. Este autor, como Michoud, lo rechaza por completo.

[39] Véase O. Mayer, *Theorie des franz. Verwaltungsrechts*, p. 8.

y la dirección suma del gobierno es siempre el signo distintivo del órgano más alto del Estado.

Mediante la localización en un órgano determinado, adquiere el concepto de gobierno una significación subjetiva. Los órganos del Estado que cuidan especialmente de los asuntos de gobierno son llamados gobierno en sentido formal o subjetivo. En este sentido subjetivo ejercen los gobiernos, los monarcas y los jefes de Estado republicano, así como las autoridades subordinadas a ellos. El reconocimiento de la significación del gobierno como el rector de la actividad del Estado se expresa —casi diría que de un modo instintivo— en que, en todo Estado, se designa como jefe a su órgano supremo, incluso en las repúblicas democráticas, a pesar de que ellas jamás concedan al *chef de l'executif* la situación preeminente entre los órganos del Estado. En Francia se le llama al presidente oficialmente *chef de l'État*, pero ya en el propio nombre de "presidente" va implícita la idea de una situación preeminente. La propia Suiza, con su consejo federal colegial, no ha negado al presidente de este consejo el título de "presidente de la confederación", aun cuando jurídicamente su situación sea inferior a la de presidente de una república.

A primera vista parece que la actividad libre no podrá atribuirse al juez, cuyo problema esencial consiste en concretar el derecho mediante la decisión de un caso particular. Pero esta concepción equivaldría a desconocer la naturaleza de la actividad espiritual. Si la decisión judicial fuera la aplicación mecánica del derecho, se podría predecir con toda certeza cuál habría de ser la solución de toda contienda jurídica, y no se podría concebir una contradicción en las decisiones judiciales. Mas existe en la decisión judicial un elemento creador que no se puede determinar por reglas, pues un principio de derecho sólo puede ser plenamente desarrollado mediante las decisiones judiciales, y sólo mediante ellas puede ser conocido todo el alcance de su significación. Si, pues, el juez mismo contribuye a la evolución del derecho, es indispensable al juez moderno un círculo de actividad libre, determinado por la ley, análogo, desde el punto de vista del contenido, al que hemos observado en la administración, quedando, por tanto, obligado a obrar conforme a las reglas del deber. En cambio falta a la actividad judicial el momento de la iniciativa, que es tan propio del gobierno. El juez sólo puede declarar el derecho en vista de una solicitación exterior a él.

La naturaleza de la actividad libre encuentra también su expresión jurídica en que los principios más importantes sobre la competencia del Estado sólo pueden ser definidos en forma de facultades del poder y no de deberes. El más amplio margen de libre actividad es el que se otorga a los órganos inmediatos, en los cuales descansa toda la iniciativa del Estado. Las constituciones hablan de derechos de las cámaras, del presidente

de la república, del pueblo. En todos estos derechos se ocultan deberes que nadie podría hacer valer, a no ser el mismo obligado por el sentimiento de responsabilidad.[40] Éste es uno de los puntos en que se tocan de un modo manifiesto la moralidad y el derecho y en que se pone de relieve cómo éste aparecería enteramente moviéndose en el aire, si no pudiese apoyarse en el fundamento firme de las convicciones éticas de los titulares del poder.

El complemento de la actividad libre es la actividad reglada; su significación no es importante cuando se trata de fijar el derecho mismo, si bien no puede afirmarse, como a menudo se hace, que incluso en este momento sea su alcance nulo. Las normas del derecho internacional limitan a los Estados, y los principios constitucionales logran otro tanto con respecto a la legislación común. Que estas limitaciones puedan ser rebasadas sin que el acto legislativo quede invalidado jurídicamente por ello no quiere decir nada, pues también dentro de la actividad administrativa reglada y de la judiciaria pueden alcanzar fuerza jurídica acuerdos y decisiones contrarios a las normas. Pero en estos casos siempre es posible juzgar jurídicamente el acto como contrario a la norma, cosa que no ocurre cuando se trata de un acto libre. Es posible la determinación del contenido de un principio jurídico, siempre que una fuente de derecho superior obligue a otra subordinada a crear ciertas normas, lo cual puede acontecer cuando se trata de la relación del Estado federal con un estado miembro, o de la ley respecto al reglamento.

Con más amplitud que en la creación del derecho, muéstrase la actividad reglada en la administración, donde adquiere el carácter de ejecución. Cuanto más se amplía el círculo de la legislación, tanto más se restringe el de la administración libre *(administration pure ou discretionnaire* de los franceses), si bien es completamente imposible someterla a la legislación, porque es necesario un cierto campo de actividad libre, a causa de la relación del gobierno con la actividad administrativa. Una administración que sólo procediese en vista de la ley no podría hallarse sino en un Estado sin gobierno, lo cual es una creación de una metafísica política a la que no corresponde la realidad.

La actividad reglada muéstrase especialmente en la jurisdicción, cuya forma específica, el juicio, necesita ser representada como la aplicación de la regla jurídica a un caso particular, de suerte que ningún acto judicial que decida un litigio puede tomar, sea la que fuese la actividad libre del juez, el carácter de una medida puramente arbitraria. Por grande que sea la libertad que muestre el juez en sus procedimientos, siempre hay un mo-

[40] Incluso un jefe de Estado republicano sólo puede ser jurídicamente responsable a causa de la violación de deberes expresamente establecidos, pero no por el uso que haga de los derechos que la Constitución le concede.

mento jurídicamente reglado que se encuentra contenido en relación con el fin último del proceso.

La ejecución de la voluntad del Estado sólo es, en parte, problema de los órganos de éste y de las autoridades, pues, en primer lugar, la voluntad del Estado es ejecutada por sus súbditos. En la mayor parte de los casos, las órdenes del Estado se transforman en actos, gracias a la obediencia de los individuos y de las asociaciones, que no son titulares de los órganos del Estado, y esta ejecución no es función del Estado, sino que es un hecho individual o corporativo. Es equivocar en sus fundamentos la teoría de las funciones del Estado considerar que el cumplimiento de la mayor parte de los deberes del ciudadano son actos del Estado mismo.[41]

c) Una oposición más importante es la que existe entre la actividad de la autoridad y la actividad social, la cual, aunque aparentemente es análoga a la que existe entre la actividad libre y la reglada, en realidad es muy distinta, pues la actividad de la autoridad puede ser libre y la social jurídicamente reglada.

De las anteriores investigaciones se deduce que la esencia y justificación del Estado radica en la tenencia y posesión del *imperium,* pero que no está exclusivamente limitada a esto. Por el sometimiento de la comunidad al *imperium* se establece un lazo entre sus súbditos. La exigencia de fines corporativos mediante medios sociales ha llegado a ser, cada vez de un modo más acentuado, el problema del Estado.

Mas lo que teóricamente aparece distinto está indisolublemente unido en la unidad de la vida del Estado. Las funciones de autoridad producen de un modo necesario efectos sociales, aun sin proponérselo. Cada nuevo principio de derecho produce una modificación en el Estado social mayor o menor, y el legislador piensa en esta modificación, en la medida en que esto es susceptible de prever, y trata, mediante su actividad, de producir efectos sociales. Con principios de derecho y con la coacción jurídica, se intenta estimular el poder y el sentimiento de independencia de un pueblo, su vida económica y espiritual; esto es, mediante un poder de autoridad se desea producir resultados sociales, y, de otra parte, necesita de la actividad social, la cual se muestra en la administración del poder de la autoridad, sin la que no podría lograr sus fines en muchas ocasiones.

Esta separación entre la actividad *autoritaria* y la *social* del Estado tiene una significación, tal vez no sólo jurídica, pues, según el predominio en cada círculo de la actividad del Estado de uno u otro elemento, así tendrá un determinado carácter. Mientras más predomine el carácter social, menos independiente vivirá el poder del Estado de sus súbditos y tanto más actuará en servicio del individuo. Esto se revela especialmente en la

[41] Véanse las observaciones acertadísimas de Bernatzik, *Kritischen Studien,* p. 278.

formación de las asociaciones jurídicas que crea el Estado, partiendo de tales supuestos. En los establecimientos públicos que ofrece al disfrute general, desciende el Estado de su altura y se acerca al individuo. Siempre puede, aun en tal situación, rodearse de privilegios y sustraerse al derecho privado, pero en tanto que no lo hace así expresamente, o no resulta con claridad de la naturaleza de las instituciones, es uno entre varios.

La significación esencial del conocimiento de estas distinciones que hemos hecho se pone de manifiesto de dos modos: el aspecto jurídico nos muestra al Estado, no sólo como un poder superior a los demás, sino también como una asociación que administra con los medios que están a la disposición de todas las personas. Administrar no es un privilegio exclusivo del Estado. El concepto "administración del Estado" es mucho más restringido que el de administración en general. Administrar indica precisamente satisfacer los intereses espirituales y económicos en bien de todos, o al menos de un modo no exclusivamente egoísta. Por esto puede también el individuo administrar su propiedad, si al hacerlo tiene en cuenta los intereses sociales. El agricultor, el fabricante que despliega su actividad individual de un modo conveniente a todos, hacen una obra de administración no menor que la de cualquier otra asociación, y aun la del Estado mismo.

Esta actividad del Estado para el bien común es análoga a la actividad privada, y está ejercida individual o colectivamente. Promover la cultura, explotar los ferrocarriles, fundar escuelas, propagar la enseñanza, cuidar de los indigentes, construir vías urbanas, son en sí actividades privadas que sólo socialmente poseen un carácter público, pero no de un modo jurídico. El Estado puede ejercer actividades análogas por sí o por otro, en virtud de su poder, poder que le hace posible transformar el derecho privado en derecho público, y por tanto, elevar aquellas actividades a este rango, en un sentido jurídico. Además, el Estado posee, para llevar a cabo su administración social, el *imperium*. Éste es el punto más importante, por el cual la administración ejercida por el Estado, o por corporaciones dotadas por él de *imperium*, se distingue en principios de toda administración privada. Precisamente porque el ejercicio del *imperium* es un medio para la administración del Estado, es por lo que el Estado ha advenido el más poderoso factor social, el más fuerte guardián y promovedor de los intereses comunes. Merced al *imperium* pueden, el Estado y las asociaciones a quienes él conceda tal poder, adquirir las fuerzas personales y los medios reales para la administración, y aun limitar, en interés de ésta, la libertad individual. Alcanza, por consiguiente, el Estado sus fines administrativos con más facilidad y seguridad que los individuos y las asociaciones libres, siempre que el resultado de tales

actividades no dependa completamente de un modo predominante de cualidades individuales que no pueden menos de desplegarse libremente, y no es dable, por tanto, que sean puestas al servicio de la comunidad por obra de la coacción.

Las actividades sociales del Estado, designadas a menudo con el nombre, no muy acertado, de *gestión (Pflege),* no se limitan a la administración en un sentido material. Aquella actividad divide la legislación material en órdenes para el ejercicio del *imperium* y para las acciones sociales del Estado. Las primeras dan a la administración poder sobre los individuos, y las últimas limitan el poder de la administración en favor del individuo. En la declaración del derecho se muestra exclusivamente la función de autoridad.

XIX. LA ESTRUCTURA DEL ESTADO

1. La significación del problema

Las concepciones típicas del Estado, desde que hay una ciencia del mismo, han sido formadas en vista del Estado unitario. La *polis*, de la cual procede la doctrina científica del Estado, a causa de la evolución constante del pensamiento antiguo, ha sido considerada, incluso en nuestro tiempo, como el paradigma del Estado, y nos lo representa como un poder cerrado interiormente, que no admite poder político alguno que le sea extraño; en una palabra, como una unidad. En este Estado tipo, toda vida política parte del centro y vuelve a él. Los miembros del Estado son, por tanto, los individuos aislados o formando asociaciones de familia, cuya vida política coincide con la del Estado. La unidad de éste está membrada, sólo en cuanto necesita para sus distintas funciones un sistema de órganos dotado cada cual de su propia competencia. Todas las autoridades del Estado se consideran autoridades centrales, y la idea, por tanto, de una organización local, administrativa o judicial, o fue completamente extraña a la teoría del tipo ideal del Estado, o sólo muy débilmente está apuntada en ella.

Este tipo no corresponde a las relaciones de la antigua *polis*.[1] En Roma, al menos, una rica existencia de cuerpos territoriales y municipales daban al Estado real una distinta fisonomía de la que ofrecía en las abstracciones de la ciencia del Estado, pero a causa de su poca originalidad, los romanos no llegaron a corregir ni aun teóricamente, de conformidad con los fenómenos políticos reales de su imperio mundial, la imagen ideal griega del Estado unitario centralista.

Las consecuencias de estas faltas de la doctrina antigua se reflejan en la literatura de la Edad Media, pues las relaciones, completamente distintas de las de las antiguas comunidades, que hubieron de crear las peculiaridades de los Estados de la Edad Media, no pudieron ser comprendidas y no lograron un conocimiento y reconocimiento científico. El imperio que abrazaba la cristiandad tuvo, como la antigua Roma, sus provincias y municipios. Pero esta organización no está derivada de la naturaleza misma del Estado. Tan pronto como el antiguo concepto de éste alcanzó de nuevo el predominio, el Estado teórico quedó francamente opuesto a

[1] Véase sobre los *Demes* y *Philes* en Atenas, Busolt, *op. cit.*, pp. 211-212.

la realidad histórica y advino unidad cerrada en sí, no obstante poder ser comprobada tan a menudo su descentralización efectiva, pero sin que los hechos ni los problemas que éstos llevaban consigo lograsen penetrar en la ciencia. La teoría del derecho natural está igualmente dominada por la idea del Estado centralista, con tanta más razón cuanto que se desarrolla al mismo tiempo que se construía en el continente el absolutismo centralista. La literatura política sobre la vida real del Estado no pudo sustraerse a las corrientes anticentralistas, ni llegar a alcanzar un reconocimiento general.[2]

En la lucha consciente contra el absolutismo, fue por vez primera reconocida, exigida y defendida la variedad en la estructura del Estado en interés de la comunidad y del individuo. Pero a partir de la Revolución francesa es cuando se ha comprendido la importancia grande que tiene este problema, tanto doctrinal cuanto prácticamente. La teoría de la estructura del Estado es hoy tratada en la historia del derecho, en el derecho político e internacional y en la literatura política, de suerte que forma una parte esencial de la teoría del Estado moderno.

De las necesidades y luchas de la vida política han nacido nuevos puntos de vista fructíferos para el desarrollo y valoración de las relaciones estatistas. Entre éstos han sido y son permanentes aquellos que han hecho conocer la importancia de la oposición entre la centralización y la descentralización de las funciones del Estado. El tipo de Estado para las escuelas ha sido el centralista, en el cual toda la actividad pública, o sea, la que se sirve del *imperium*, parte del centro del Estado y a él vuelve; es decir, donde todo lo que cae dentro del círculo del derecho público corresponde a órganos cuya competencia, desde el punto de vista geográfico, se extiende a todo el territorio del Estado. A éste opone la nueva teoría el Estado descentralizado, en el cual los asuntos políticos son ejecutados en mayor o menor escala por órganos o asociaciones políticas con competencia limitada a una localidad.

Ante el conocimiento histórico aparecía aquel tipo escolástico de Estado centralizado como un tipo ideal, que apenas si pudo ser realizado en el Estado ciudad de los helenos, y mucho menos aún en los Estados territoriales de tiempos posteriores. El mismo Estado ciudad estaba y está dividido, para los fines de las funciones especiales del Estado, en distritos, barrios u otras divisiones semejantes. El absolutismo del príncipe no logró jamás apagar por completo la vida política independiente de los municipios, de los señoríos o de las asambleas de las clases. La Francia de los siglos XVII y XVIII no logró aniquilar toda la vida de las clases sociales, y hubo de tolerar la existencia, junto a su *pays d'élection*, de toda una

[2] Véase sobre el movimiento literario desde la Edad Media, Gierke, *Althusius*, pp. 226 ss.

serie de *pays d'État,* con sus estados o brazos provinciales. Además, los grandes Estados no pueden ser gobernados exclusivamente por autoridades centrales. Las autoridades administrativas y judiciales locales necesitan gozar de un poder de decisión mayor o menor, que en muchas circunstancias tiene un carácter definitivo. Por consiguiente, el Estado descentralizado es el caso normal de los Estados reales. Política y jurídicamente, sólo se puede hablar de la mayor o menor extensión de la descentralización.[3]

Esta medida la determinan las distintas circunstancias históricas y políticas. Las profundas diferencias nacionales en la población; las diferencias de cultura entre las distintas partes del territorio del Estado; la separación territorial de una parte con respecto al cuerpo principal, constituyen los obstáculos sociales y naturales para una centralización. Cuando se trata de una población unificada y de un territorio sin discontinuidad, se oponen a las tendencias centralistas del Estado consideraciones de carácter político: imposibilidad de abarcar desde el centro de una ojeada las relaciones positivas de la vida; incapacidad de una burocracia separada socialmente del pueblo y extraña a él, para administrarlo según sus necesidades; el deseo de despertar la iniciativa de los ciudadanos en la cosa pública y, por consiguiente, de aumentar su interés por el Estado; excitar el sentimiento de responsabilidad política de los gobernados, para que pidan participación en los asuntos de gobierno y administración; el dar cabida mediante la legislación y la administración a que se preocupen por los intereses locales; garantir contra las arbitrariedades de una autoridad central y evitar que se ahogue a los administrados con los gastos de la administración local, son las razones principales, pero de ningún modo las únicas, con que pueden justificarse los distintos modos de llevar a cabo la descentralización.

En relación con la estructura actual del Estado, y en tanto que está llamado a curar los daños del absolutismo, existe para él la exigencia de establecer una forma de descentralización: la de la autonomía administrativa. Esta exigencia política ha tenido grandes consecuencias jurídicas. Para comprender este problema en sus fundamentos, es preciso hacer luz sobre el concepto político de autonomía administrativa y la posibilidad de transformarlo en un concepto jurídico.[4]

[3] Véase acerca de la descentralización en la literatura moderna, Carlos F. Ferraris, *Teoria del dicentramento politico,* 2ª ed., Milán-Palermo, 1899; Hauriou, *op. cit.,* pp. 367 ss.

[4] Véase acerca de la historia de las exigencias políticas que van implícitas en el concepto de la autonomía administrativa, Rosin, *Souveränetät, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung,* tirada aparte, de los *Anales de Hirth,* 1883, pp. 41 ss.; Loening, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts,* 1884, pp. 34 ss.; Hatschek, *Die Selbstverwaltung,* pp. 3-69; G. Meyer, *Staatsrecht,* pp. 345 ss., así como la bibliografía alemana indicada por éste, acerca del mismo problema, en las notas.

Los efectos de la oposición medieval entre *rex* y *regnum* se advierten aún hoy con claridad en la terminología política de los ingleses, lo cual no ha de sorprender dada la continuidad que existe en la vida inglesa, continuidad que ni las revoluciones han roto. La forma de gobierno del Estado inglés es la del *self-government*, cuya cumbre constituye el parlamento. La forma antagónica del *self-government by prerrogative*, o sea el gobierno de la voluntad real desprovista de poder alguno que le obligue. En el concepto del *self-government* palpita aún la oposición antigua entre el rey y el pueblo como no habiendo podido alcanzar la unidad interna. Este gobierno de sí mismo comienza en la administración de los asuntos locales, los cuales están atendidos por hombres que exclusivamente se encuentran sometidos a la obediencia de la ley, no a la de otros, ni al servicio de un gobierno central real en lo que se refiere a los intereses de la administración, la cual, según la concepción inglesa, abarca también la función jurisdiccional. La institución de los jueces de paz y otros funcionarios honoríficos, además de la del jurado, cae dentro de este sistema político de la autonomía local, cuyo aspecto jurídico habrá de ser examinado más tarde.

En el continente se ha desarrollado de otro modo el concepto de la autonomía administrativa. Éste existe con su terminología en la literatura alemana, mas aun aquí se muestra con oscuridad.[5] Aunque antes de los trabajos de Gneist sobre Inglaterra fuera desconocida en el continente la vida inglesa tal como se había ido formando hasta que tuvieron lugar las grandes reformas del siglo XIX, teníase, no obstante, la idea de que la mera participación del pueblo en la legislación constitucional, ni bastaba para asegurar la legalidad de la administración, ni para que el pueblo tuviese igualmente un lugar en la participación de la vida pública. Correspondiendo a lo que se observaba en la vida de Inglaterra, distinta en este respecto de la del continente, pedíase el renacimiento de la libertad comunal y la creación o reconocimiento de corporaciones públicas titulares de facultades administrativas. Todo esto se consideraba fundamento de la independencia y garantía política de los ciudadanos, y se exigía además para exagerar la bondad y legalidad de la administración local. Como los municipios forman en todas partes el órgano último de la organización administrativa, aparecen como el fundamento natural del Es-

[5] La palabra *selbstverwaltung* de los municipios procede probablemente de una contracción de *sebstandiger Verwaltung*, la cual es preciso interpretar, ante todo, como la administración de los bienes, libre de toda tutela del Estado. Así concibe al menos Zöpfl, II, pp. 481 ss., la *selbstverwaltung*, y este autor es, hasta donde yo conozco, el primer escritor de derecho político que ha usado esta expresión. La Constitución de Francfort de 28 de mayo de 1849 habla, por el contrario, de los municipios como teniendo el derecho fundamental a la administración libre de la comunidad, incluyendo en ello la policía de la población (§ 184). De este modo aparece en su amplitud el concepto de la *selbstverwaltung*.

tado, como el *prius* temporal y lógico del mismo. De aquí que el movimiento dirigido a la ampliación de los derechos del municipio fuera un complemento consecuente de la generalización de la monarquía constitucional. En Francia principió este movimiento antes de la Revolución, y en sus comienzos pareció victorioso, aunque pronto hubo de dejar su lugar a la centralización. En Alemania, Bélgica, los Países Bajos y otros Estados, alcanza, por el contrario, el impulso hacia la libertad y el poder municipal una gran importancia, la cual se conserva por haber obtenido los municipios el reconocimiento de una amplia esfera de derechos.

La doctrina de la autonomía administrativa toma otro giro en la segunda mitad del siglo XIX. Las investigaciones fundamentales sobre la evolución histórica del Estado inglés, unido a la convicción que hubo de tenerse en Alemania, gracias a los trabajos de Gneist especialmente, de que existía una relación íntima entre el *self-government* y la constitución del parlamento, mostró que ni jurídica ni políticamente se puede comprender bien a éste sin tener un conocimiento exacto de la naturaleza y del modo de actuar las instituciones locales. Este conocimiento incitó inmediatamente a la imitación, y fueron creadas autoridades que obedecían a principios muy análogos a aquellos en que se basaban las funciones de las autoridades administrativas inglesas; pero se desviaban del modelo inglés por lo común en un punto importante: en que su dirección estaba casi siempre confiada a un funcionario profesional del Estado, y en que a estos funcionarios se les investía de muchas más atribuciones que en Inglaterra. La reforma administrativa que se inicia con la reorganización de la administración de Baden en el año 1863, y especialmente con la profunda transformación de la organización prusiana de 1872 estableciendo los círculos *(Kreis)*, ha nacido en no poca parte del influjo que en la doctrina alemana ha tenido la autonomía inglesa, si bien no puede decirse que sea una copia de ésta, sino más bien que son hijas en gran parte del influjo anterior que venían ejerciendo los principios de la organización francesa juntamente con una participación de instituciones indígenas.

Además, no era posible atenerse a las formas que había tomado el gobierno local en Inglaterra en los últimos siglos. La situación social del siglo XIX había cambiado completamente; esta situación llevó a reformar tres veces de un modo profundo el parlamento, y era, por consiguiente, irreconciliable con la existencia de una forma de administración que se cimentaba en el predominio de una clase social, la aristocracia; pues las personas que dominaban en el gobierno local pertenecían a la *nobility and gentry*, de donde salían los miembros de ambas cámaras del parlamento. Con la democratización del derecho de sufragio para la designación de la cámara de los comunes, de un lado, y de otra parte la extensión de las funciones de la administración local, se ha formado en el transcur-

so de los tiempos modernos una forma de administración que se ha ido aproximando cada vez más a la que domina en el continente, y el poder central, gracias a estas nuevas formaciones, ha ido adquiriendo una fortaleza que antes le era desconocida. Por tanto, junto a la antigua forma de la autonomía administrativa, cada vez más en retroceso, aparece otra mediante corporaciones y órganos de éstas.

Mediante esta transformación y mutuo influjo, las dos formas históricas opuestas de autonomía administrativa, la inglesa y la continental, han llegado a una unión y compenetración.

Sobre la base de la evolución que hemos bosquejado someramente, ha logrado hoy el concepto oscuro y complejo de la autonomía administrativa un sentido que, al menos en su aspecto político, no deja lugar a duda ni es cuestión. Se aplica este concepto a toda administración pública que es llevada a cabo exclusivamente por personas que no desempeñan servicios públicos[6] o con la colaboración de éstas. Expresado de un modo más breve y preciso, autonomía administrativa es toda administración pública que no es ejercida, o al menos que no se ejerce de un modo exclusivo, por funcionarios públicos titulados.[7] Este concepto político sirve, pues, para conducirnos a la concepción de la naturaleza jurídica de la autonomía administrativa.[8] Este principio no es tan sólo una palabra en la lucha de los partidos políticos, o un punto de vista para ordenar determinados fenómenos de la vida del Estado hacia fines prácticos especiales, sino que significa una institución permanente, y por esto es preciso dar de ella, como de toda institución constante en la vida del Estado, un concepto jurídico.[9] Quien destierre completamente la auto-

[6] Yo hablo de *servicios públicos (öffentlichen Dienste)*, no de un servicio del Estado *(Staatsdienste)*, para excluir también de la administración los servicios desempeñados en corporaciones públicas por funcionarios con título, si bien estos servicios, por ser jurídica y políticamente de menos importancia, pueden ser considerados incluidos en las consideraciones que han de seguir.

[7] En esta determinación negativa del concepto se unen los dos sentidos, completamente distintos uno de otro, de la autonomía administrativa, o sea el sentido civil y el corporativo, como lo llama Rosin. Los que afirman exclusivamente la naturaleza meramente política del concepto autonomía administrativa se ven también necesitados, cuando se trata de la administración de la corporación, de un concepto de autonomía administrativa que forme parte de uno de derecho estatista. (Véase G. Meyer, p. 346, y Laband, en el *Rechtsgeleerd Magazijn*, 1891, p. 14. Tirada aparte.)

[8] *System der subj. öff. R.*, 2ª ed., pp. 290 ss.

[9] Entre los nuevos ensayos hechos para lograr un concepto jurídico general de la autonomía administrativa, véanse Neukamp y Preuss. Sin duda es demasiado restrictiva esta definición de Neukamp: "La que es jurídicamente independiente de la administración ministerial, está sometida exclusivamente a las leyes del territorio, y por tanto igualmente independiente de las órdenes de una autoridad que le haya sido impuesta". *Der Begriff der Selbstverwaltung im Rechtssinne Archiv f. öff. R.*, IV, p. 538. Preuss, *Städt. Amstrecht*, pp. 119 ss., quiere referir toda la autonomía administrativa civil a la administración mediante órganos de corporaciones autónomas, con lo cual violenta los fenómenos históricos y políticos que contradicen esta teoría. Declara E. von Meyer, en *Holtzendorff-Kohler Enzyklopädie*,

nomía administrativa del círculo de lo político desconoce que todos los conceptos jurídicos de la vida pública han nacido de lo político, y que, en general, lo que en la vida real del Estado es exigido para fines prácticos, y más tarde se ejerce de una manera permanente, se condensa necesariamente en una formación de derecho. No hay concepto fundamental alguno del derecho político que no proceda de la lucha y victoria de alguna exigencia política.

Si consideramos a los Estados para clasificarlos según su estructura, llegaremos a estas consecuencias:

Ante todo hay que suponer el caso normal del Estado uno, esto es, de aquel Estado que, cualquiera que sea la pluralidad posible de sus miembros, es el exclusivo titular del poder público, y cuyos miembros, por tanto, carecen de carácter estatista y de cualquier otro análogo a éste.

Todas las funciones materiales del Estado pueden ser centralizadas o descentralizadas. El término "autonomía administrativa", que sólo indica un modo posible de descentralización, encubre este hecho: hay, junto a la descentralización de la administración, la de la legislación y la de la jurisdicción. Los reglamentos de policía local y los estatutos locales son actos de legislación material, de igual suerte que los tribunales municipales, industriales, de comercio y de arbitraje sobre el seguro obrero, son en el Estado actual órganos de la función jurisdiccional.

Todas las formas fundamentales de la descentralización se reducen a dos muy distintas: descentralización administrativa y descentralización mediante autonomía administrativa.

La descentralización puede ser tan amplia, que la unidad interna del Estado que hemos dado como supuesto desaparezca a causa de la relativa autonomía de los miembros. Estos casos merecen una consideración especial. Son de gran interés porque nos hacen conocer los límites del concepto Estado y nos muestran el paso que existe en la vida de la historia del Estado a formaciones no estatistas.

2. Distintos modos de organizarse el Estado

a) Descentralización administrativa

Hemos dicho ya que el Estado centralista, dejando de lado las comunidades políticas inferiores, sólo puede ser considerado como un tipo teórico, pero no como un tipo real. Toda división de un Estado en círcu-

II, pp. 644 ss., que no es posible hallar, en lo cual estoy de acuerdo con él, un concepto general positivo de autonomía administrativa que pueda en sí conciliar el sistema inglés y el alemán.

los territoriales para los fines de la gestión administrativa y de derecho lleva necesariamente consigo efectos descentralizadores. Las autoridades de estas divisiones territoriales no son exclusivamente órganos de ejecución del gobierno central, sino que, en determinadas circunstancias, son un poder de decisión que queda fuera de la vigilancia y corrección de las autoridades superiores.

Dos tipos de Estados descentralizados existen en la historia: en el primero, cada una de las partes del Estado tiene sus autoridades supremas; en el segundo, existe sobre todas las autoridades provinciales y locales un gobierno central unificado.

El tipo primero encuentra su expresión allí donde la administración y la jurisdicción tienen como fundamento un sistema provincial que indica los límites exteriores hasta los cuales puede extenderse la descentralización administrativa sin destruir la unidad del Estado.

El sistema provincial sólo es posible comprenderlo históricamente. Tanto al tosco pensamiento político de la Edad Media cuanto al absolutismo del príncipe en la moderna, les bastaba la unidad de la autoridad del Estado y de la administración de todas las partes del territorio sometido a su imperio en determinadas circunstancias para considerar que se encontraban ante un Estado unitario cuya unidad era conciliable con la más amplia diferencia en la situación política de los miembros. La exigencia de que la unidad del Estado se muestre en la unidad del gobierno central era ya conocida desde los primeros tiempos de la Edad Media; pero en el continente, debido a la situación general de la cultura, resulta imposible establecer y mantener de una manera permanente la realización de un poder central. El sistema feudal crea, juntamente con los órganos subordinados del gobierno central, poderes locales independientes, cuyos orígenes desaparecen en los recuerdos históricos del poder supremo del Estado. La admirable reorganización del Estado inglés, debida a Guillermo *el Conquistador,* nos ofrece el ejemplo primero de una centralización muy avanzada en medio de un mundo político desmembrado por causa del poder independiente de los grandes señores. En el continente, Francia es la primera que con el progreso del poder real pugna por alcanzar la unidad del Estado mediante la unidad de la administración. En los demás Estados, lo que conduce a una superación del sistema provincial también es el impulso del príncipe por reunir las fuerzas de la comunidad, en vista especialmente de fines militares y económicos, y por destruir las oposiciones interiores y unir a la dinastía y, por consiguiente, al Estado todas las partes del territorio. No obstante, algunos restos de este sistema no han desaparecido por completo.[10] Esta nueva organización

[10] Aún en la mayor parte del siglo XIX, varios Estados alemanes han sido administrados según el sistema provincial (Sajonia, Hannover, Sajonia-Weimar, Mecklenburgo-Schwerin);

se aplica hoy aún, a menudo, cuando se trata de nuevas adquisiciones de territorios o de países anexionados, o con motivo de cualquier dificultad jurídica o política para la completa centralización de la burocracia. Irlanda, las Indias occidentales,[11] Islandia,[12] Alsacia-Lorena, en fin, todos los territorios de los Estados europeos sometidos a los ministerios especiales de colonias, son otros tantos ejemplos de partes de un Estado, cuyos gobiernos dependen, en más o en menos, de un poder central conforme al sistema provincial.

Si el Estado de hoy, construido según el sistema provincial, nos parece más bien una federación de provincias que la unidad de una comunidad, en la época en que dominaba este tipo de Estado existía, en una cierta medida para todas las provincias, un gobierno central unificado, que especialmente, desde el punto de vista exterior, aparecía como una unidad. Una unidad limitada al mero sometimiento a una autoridad no parece ser suficiente para constituir un Estado, sobre todo desde que la idea que de éste nos hemos formado se ha ido presentando con alguna mayor claridad; más bien lo que en tales casos existe es lo que indica el concepto de la unión personal en su forma originaria. También allí donde los territorios particulares permanecen con una organización independiente, su unión en un Estado se obtiene, en primer lugar, mediante el establecimiento de un sistema de autoridades centrales, junto a las especiales de las provincias, encargadas singularmente de cuestiones exteriores sobre el ejército y asuntos financieros. Pero hoy, aun en los países donde falta completamente un órgano central en la administración de varios territorios, no se podría volver a hablar de un Estado unitario, si bien, de otra parte, la existencia de tal centro no es suficiente para desposeer a estos miembros del carácter estatista.

Esta descentralización conforme al sistema provincial es una descentralización amplia, que se aplica no sólo a la administración, sino a la legislación y a la jurisdicción. Ella favorece en alto grado la vida particular de las partes reorganizadas de un Estado. En tanto que estas partes están organizadas, forman divisiones de una unidad descentralizada. Representan, la mayor parte de las veces, a una asociación que, como tal, parece estar frente al Estado como titular de derecho. Más tarde las consideraremos bajo este aspecto.

véase Malchus, *Politik der inneren Staatsverwaltung*, I, 1823, §§ 60-63. Austria tenía, en la época inmediatamente anterior a la del dualismo, como Estado constitucional unitario, una cancillería especial para Hungría y Transilvania.

[11] Véase sobre la organización administrativa de ambas, Gneist, *Das Englische Verwaltungsrecht der Gegenwart*, II, 3ª ed., 1884, pp. 1104 ss.; Hatschek. *Engl. Staatsr.*, I, pp. 193 ss. y 208 ss.

[12] Véase Goos-Hansen, *Das Staatsrecht des Königreichs Danemark, Manuales Marquardsen*, pp. 45 y 157 ss.

La segunda forma de descentralización administrativa consiste en la organización del Estado mediante autoridades centrales y unitarias y autoridades locales intermedias, revestidas de facultades administrativas y de un poder de decisión independiente. Hasta el Estado que se encuentre más fuertemente dominado por el principio de centralización no puede menos que conceder a las autoridades subordinadas una competencia propia, porque es imposible a las autoridades centrales conceder recursos para todos los actos de administración, o someterlos a la confirmación de las autoridades superiores. En lo que a los tribunales respecta, es indudable que se necesita un procedimiento que habrá de seguirse, y que la mayor parte de los casos se han de decidir en la primera instancia, no pudiendo intervenir las superiores sino a instancia de las partes. Incluso allí donde, como en Inglaterra, el tribunal supremo tiene no sólo competencia extensa en primera instancia, sino que puede llamar a su conocimiento a cualquier asunto que se esté conociendo en un tribunal subordinado, es también evidente que lo general es que decida el juez inferior.

Dentro de este tipo de Estados organizados según el sistema centralista[13] existe una gran variedad, y la mayor o menor competencia concedida a las autoridades subordinadas obedece a las relaciones y necesidades concretas de cada Estado particular. Es, pues, posible también, dentro de este tipo, una amplia independencia administrativa de las partes del Estado, independencia que tiene naturalmente un carácter distinto que en el primero, pues se trata aquí de un gobierno central al que están subordinados especialmente los servicios de las autoridades intermedias y locales que no se refieren a la administración de justicia, lo cual le permite una situación por virtud de la que pueda ir aniquilando enteramente o reduciendo en una gran medida todo aquello que pretenda sustraerse a su dirección. Esta forma de descentralización se desenvuelve esencialmente en el campo de la administración y de la acción judicial, en tanto que las facultades legislativas de las autoridades subordinadas sólo pueden existir en una medida limitada y en la forma de un derecho reglamentario. Rara vez aparece este sistema aisladamente, sino que, por lo común, está en relación con el sistema de descentralización de que vamos a ocuparnos.

[13] Este sistema era llamado anteriormente, por lo común, sistema real, a causa de la separación de los asuntos en varios grupos, en tanto que las autoridades provinciales superiores trataban la administración como si fuese toda ella una. Este hecho, sin embargo, no era general; además, tenía una significación esencialmente técnico-administrativa, pero no jurídica ni política.

b) Descentralización mediante autonomía administrativa[14]

Conocemos ya la característica común, negativa, de toda administración autónoma, a saber: administración pública mediante personas que no están unidas por una relación de servicio permanente, profesional, con las asociaciones públicas cuya administración les está encomendada. En primer lugar, se trata de una administración estatista llevada a cabo por otras personas distintas de los empleados profesionales del Estado. Esta administración, considerada más inmediatamente, forma, por oposición a la administración burocrática del Estado, la administración por los interesados mismos. Nuestro propósito es ahora, exclusivamente, determinar su naturaleza jurídica.

Si se consideran las distintas formas de la administración autónoma, resultan, desde el punto de vista jurídico, dos pares de formas tipos, que en la realidad van siempre unidas unas a otras, pero que para los fines del conocimiento teórico necesitan ser separadas. La administración autónoma tiene su fundamento o en un deber o en un derecho a administrar, y es llevado a cabo por individuos o por asociaciones. Estos opuestos, aparentemente exteriores, son, como lo mostraron las investigaciones que siguen, los que nos han de permitir considerar la naturaleza jurídica de la administración autónoma y sus variedades.

El Estado tiene dos medios para alcanzar el concurso de las voluntades que le son necesarias: obligar o conceder derechos. Esto mismo ocurre cuando se trata de asegurar la administración de los intereses locales por los mismos interesados en ella.

Las obligaciones pueden imponerse a individuos o a asociaciones. Los intereses locales pueden ser satisfechos igualmente, ya mediante la satisfacción, por parte del individuo, de sus deberes de servicios al Estado o por las asociaciones puestas al servicio de éste.

Estos deberes de servicios del individuo no descansan, como el del funcionario profesional, sobre el fundamento de una relación de servicios permanentes, exteriorizado en un acto individual (contrato de servicio al Estado), sino en la sujeción general de los individuos al Estado. Este sometimiento halla su compensación esencial en el honor especial que va unido a la cualidad de titular de un órgano del Estado. Las personas, por tanto, llamadas a prestar servicios de este modo son funcionarios honoríficos, que como tales han sido llamados a una determinada función. Por esto son inamovibles, y, en general, sólo están sometidos a las leyes y al poder de ordenación conforme a ley, pero no a los reglamentos e instrucciones de las autoridades superiores. Así, pues, son más independientes

[14] Véase para esta cuestión *System*, cap. XVI.

del poder central que los funcionarios de carrera.[15] Su institución debe, por consiguiente, garantir especialmente tanto la mejor gestión de los intereses locales que a ellos atañen cuanto la legalidad de la administración.

Este tipo se encuentra representado, especialmente en Inglaterra, en la administración de los condados. Es la forma necesaria de la autonomía administrativa de un Estado, cuya historia principia por una centralización que no reconoce a sus asociaciones derecho a administrarse de un modo autónomo. Por su aspecto real, esta forma de administración lo es del Estado, y está desempeñada por empleados honorarios. A causa de esto, la designación de los mismos la hace el rey,[16] en cuyo acto se ve claramente cómo se trata aquí de una transmisión estatista de la función.[17]

Este tipo ha experimentado varias modificaciones. El momento de la obligación puede ser relegado, y en este caso se crea un segundo tipo de este género. El derecho y el deber del nombramiento puede ser concedido por el Estado a asociaciones independientes, las cuales adquieren el carácter de administradoras de la asociación. La función honoraria puede ir unida a la función profesional y formar una autoridad única.

Esta última modificación se halla muy generalizada en muchos Estados alemanes desde la reorganización de las autoridades administrativas. El consejo de distrito de Baden, el consejo provincial de Prusia, las comisiones de distritos y círculos *(Bezirks-und Kreisausschuss)* de Prusia y Sajonia, las comisiones provinciales y de partido de Hessen, son todas ellas autoridades del Estado, formadas por funcionarios profesionales y honorarios, siendo, al menos, el presidente un funcionario de carrera. En el imperio alemán existen otros ejemplos, como son los tribunales de arbitrajes para conocer del seguro contra la invalidez y los accidentes. Este sistema de autoridades del Estado, mixtas, no encierra en sí sólo la descentralización administrativa por la participación de los interesados, sino además la fiscalización de la administración burocrática por la autónoma.

En todos estos casos la relación entre la función honorífica y la administración local está asegurada, porque la posibilidad de la primera está limitada a un círculo de personas, bien atendiendo al lugar, bien a corporaciones. Incluso en aquellos casos excepcionales en que hoy se encuentran funciones centrales desempeñadas por autoridades de carácter mixto, como sucede con las oficinas de seguros del imperio alemán, se conserva el nexo con las asociaciones locales, a causa del modo de ser nombrados los miembros de las funciones honorarias.

[15] Véase *System*, 2ª ed., p. 183.

[16] Con excepción del *coroner*, cuyo nombramiento fue traspasado a la asamblea del condado.

[17] En Prusia, el alcalde presidente *(Kreisordnung* del 13 de diciembre de 1872, §§ 56 ss.) se ha formado según este tipo; pero el alcalde presidente está en una mayor dependencia del gobierno que el juez de paz inglés.

Semejante a los deberes personales de servicio, pero distinto en muchos puntos importantes, es el deber de servir en las asociaciones. Las asociaciones de que aquí tratamos pueden ser muy diversas: asociaciones sin personalidad, con subjetividad jurídica rudimentaria o, por el contrario, de subjetividad muy rica; eclesiásticas o laicas, privadas o de derecho público, todas ellas pueden ser sometidas a los deberes de servicios al Estado. Son de especial importancia los deberes de las asociaciones de derecho público, esto es, aquellas que, o son titulares de derechos de *imperium* y de deberes públicos, o sin ser titulares de derechos de *imperium*, están, no obstante, en el número de las que forman parte integrante de la organización del Estado y son reguladas a causa de ello por el derecho público. Las primeras son asociaciones de derecho público activas; las segundas, pasivas.[18]

El tipo de asociaciones pasivas en la administración pública puede hallarse de nuevo en los Estados anglosajones.[19] Esto depende de que la idea de la corporación no ha sido objeto allí de una comprensión tan clara como en el continente. Por esto represéntanse especialmente los antiguos condados en Inglaterra, antes de las grandes reformas administrativas del siglo XIX, de igual suerte que las asociaciones comunales americanas hasta la actualidad,[20] como asociaciones de esta naturaleza, pero rudimentarias. Ellas carecen de poder de *imperium* como derecho subjetivo, pero están formadas por el derecho público; descansan sobre el principio de la obligación de ser miembro, y los gastos de su administración se satisfacen por impuestos locales. Ejercitan el *imperium,* pero sólo en virtud de una delegación del Estado; no obran por voluntad propia, sino mediante el poder del Estado, forman de una parte los supuestos y de otra el complemento de la administración, llevada a cabo por funcionarios honorarios; por mediación de ellas, la totalidad de los súbditos se ven constreñidos a los fines de la administración del Estado bajo la forma de obligación de prestaciones personales y reales.

La asociación activa de derecho público, cuyo tipo constituyen los municipios de los Estados continentales, aparece también, aunque sea titular

[18] Véase, acerca de esto, *System,* 2ª ed., pp. 268 ss.; Gierke, *Deutsches Privatrecht,* I, p. 621; Hatschek, *Selbstverwaltung,* p. 97 ss.

[19] Véase una prueba profunda en Hatschek, *Selbstverwaltung,* pp. 20 ss. y 173 ss., y una exposición fundamental y convincente en *Englisches Staatsrechts,* I, pp. 35 ss. y 75 ss.; Maitland, *Trust und Korporation, Grünhuts Zeitschrift,* XXXII, p. 73, el cual afirma la supervivencia de la teoría jurídica inglesa.

[20] El sistema americano, que descansa sobre los mismos principios que el inglés, con el cual mantiene una relación histórica, ha sido objeto de una comparación clara y de conjunto con respecto a éste por Goodnow, *op. cit.,* I, pp. 162 ss. Son especialmente interesantes las decisiones del juez, pp. 163 ss., las cuales hablan del carácter corporativo subordinado de las ciudades y condados, quienes, según su naturaleza, sólo son parte de la administración del Estado cuyos funcionarios desempeñan funciones estatistas.

de derechos de *imperium*, como una asociación sometida a un deber de servicio para el Estado. Ante todo, la mayor parte de las veces el derecho y el deber en su esfera soberana están enlazados el uno con el otro, de suerte que el ejercicio del derecho contiene al propio tiempo un elemento de deber respecto del Estado, al menos en tanto en cuanto no depende de su arbitrio el determinar si ha de obrar o no. Así, pues, estas asociaciones son utilizadas por el Estado para sus fines administrativos por la imposición de deberes especiales. Desde este punto de vista pueden presentarse distintas posibilidades: o los deberes del servicio corresponden a las asociaciones mismas, o a órganos determinados de ellas, que adquieren por este hecho el carácter de órganos del Estado, con lo cual se enlaza su cualidad legal de órgano de la asociación. Una nota esencial del deber de servicio de la asociación es, además, que el costo de las prestaciones a que están obligadas con el Estado, son ellas mismas las obligadas a soportarlo; así, pues, los miembros de las asociaciones son los que han de procurar a éstas los medios económicos para su actividad administrativa.

La posibilidad de un derecho a la autonomía administrativa parece, a primera vista, incompatible con la idea de la unidad del Estado y de su poder, y con la de que sólo el Estado mismo puede poseer un derecho al *imperium*. En realidad aquella doctrina sólo puede ser comprendida históricamente, pues todos estos derechos se refieren históricamente a su vez al Estado dualista de la Edad Media. En Inglaterra, el poder del Estado, concentrado desde la época de la conquista normanda, nunca ha reconocido un derecho del individuo o de una asociación a la autonomía administrativa.

En el continente ocurre de otro modo. El poder del Estado estaba en manos de los señores feudales y de las ciudades, y lo han utilizado como derecho propio. El absolutismo, que fue el gran ejecutor del proceso de expropiación que llevó a cabo el poder del Estado contra todos los poderes sometidos, no desposeyó del propio *imperium* a las autoridades. Hasta el siglo XIX, los grandes señores y las ciudades tenían, en distintos Estados, el derecho propio de policía y función jurisdiccional. También han quedado otros derechos de soberanía a las ciudades, pero limitados y vigilados por el poder del Estado. La idea de que originariamente pertenece este derecho al Estado se abre camino en la teoría y en la práctica. Por esto, una permanencia o extensión de estos derechos sólo es posible jurídicamente si se le enlaza de nuevo con su origen. Así como el señor de la tierra o el obispo pueden entrar en posesión de derechos de soberanía mediante las regalías, y la ciudad por la concesión de la jurisdicción cuyo origen manifiestamente es un fenómeno del poder del Estado, así siempre que existe hoy reconocimiento de un derecho de administración autónoma es porque existe una investidura con *imperium*. El instituto

moderno que tiene hoy este tipo de administración autónoma, ha recibido, pues, del Estado, el derecho al ejercicio del *imperium* estatista; de suerte que le corresponde este derecho como un derecho independiente y frente al Estado —derivado, pero propio—, el cual puede el Estado, sin embargo, modificar siempre por vía legislativa.

Este derecho de autonomía administrativa corresponde hoy sólo de un modo excepcional al individuo, y además exclusivamente en su relación con una asociación. Así ocurre, especialmente con los derechos que los propietarios de mayorazgos *(Gutsbezirk)* tienen en varios Estados.[21] Por lo común, se concede hoy a las asociaciones el derecho a la administración autónoma. El caso más importante de autonomía administrativa, si bien no el único, es el de los municipios. Además de éste, hay una multitud de asociaciones que de igual suerte ejercen la autonomía administrativa.[22] Especialmente la Iglesia, allí donde posee el carácter de corporación pública, y las asociaciones de intereses sin personalidad jurídica, tales como las asociaciones de comercio, las cámaras industriales, las asociaciones de oficio[23] y las asociaciones dotadas de tal personalidad, como las cajas para enfermedad, las corporaciones profesionales, las cámaras de oficios y de artesanos.[24] Todas ellas son, prescindiendo de la Iglesia, nuevas creaciones que descansan en la combinación de los principios existentes.

Como tipo de asociación con derecho a la administración autónoma debemos considerar al municipio, y ante todo nos hemos de fijar en la comunidad política en sentido estricto. Las asociaciones superiores municipales, formadas o reorganizadas según el modelo del Estado francés, no ofrecen problema alguno. Asimismo, las comunidades administrativas para determinados fines, cuya unidad y funciones son de importancia para el conocimiento de la ordenación de los municipios en cada Estado particular, no lo son para una doctrina general de los principios del Estado.[25]

Los municipios, como el Estado, tienen un territorio, súbditos y un poder independiente. Pero se distinguen del Estado en que el municipio

[21] Véase Von Stengel, *Gutsbezirk* en el *Wörterbuch du deutschen Verwaltungsrechts*, I, pp. 617 ss.; Gluth, *Gutsbezirk*, en el *Österr. Staatswörterbuch*, I, pp. 983 ss.

[22] En la literatura moderna, Haenel, *Staatsrechts*, I, pp. 135 ss., expone detalladamente su opinión, según la cual la autonomía administrativa sólo la considera como administración corporativa; véase también O. Mayer, II, pp. 370 ss. La limitación de la administración autónoma a la administración municipal se puede considerar desechada. Véase G. Meyer, p. 346, y los escritores citados por el mismo autor en la n. 10. Véase asimismo una enumeración detallada de las asociaciones no municipales con autonomía administrativa, en Schön, *Das Recht des Kommunalverbände in Preussen*, 1897, p. 12.

[23] El Bundesrat puede concederles personalidad mediante una decisión, *Gewerbeordnung*, § 104.

[24] Véase *Gewerbeordnung*, § 103, nota.

[25] Véase para todo lo que sigue *System*, cap. XVII.

no posee un *imperium* originario, sino que le ha sido prestado por el Estado. Todo *imperium* de un municipio es derivado, incluso aquellos derechos de soberanía que se le han concedido como derechos propios. Los de soberanía del municipio no son nunca derechos originarios. Su territorio es, al propio tiempo, territorio del Estado, sus súbditos, súbditos del Estado, y su poder está sometido al del Estado.

Estas corporaciones territoriales descansan en una base social que no ha creado el Estado, a saber: la comunidad de intereses de los vecinos. A menudo se han formado independientemente del Estado y han sobrevivido a los cambios experimentados por éste; en tal sentido es justa la afirmación de que los municipios son más antiguos que el Estado. Pero si tienen derechos de soberanía, es al Estado a quien se los deben originariamente. Cuando los recuerdos de los orígenes de las libertades municipales y de sus privilegios se borren, podrá llegarse a formar la concepción de un derecho originario de soberanía de los municipios.

Las ideas de reformas francesas anteriores a la Revolución y los ensayos de la constituyente para reorganizar el Estado francés, han hecho nacer la doctrina de un derecho natural de los municipios, esto es, la de un *pouvoir* municipal.[26]

Así es como llega a distinguirse el círculo de actividad natural del municipio, del concedido. El primero, especialmente desde la época de la teoría del poder municipal, fue acogido por la Constitución belga y desempeñó un papel importantísimo en las doctrinas y en las exigencias del liberalismo de la Alemania del Sur, en la época de 1830 a 1838. Su influjo es causa de la fijación de los derechos fundamentales de los municipios en los años de 1848-1849, lo que tuvo de nuevo gran importancia para las teorías posteriores y para la legislación.

Esta teoría del derecho natural puede considerarse hoy superada, pues incluso aquellos que como Gierke y su escuela mantienen la doctrina de que los municipios poseen un *imperium* propio no llegan a consecuencia práctica alguna con su doctrina, la cual sólo se apoya en la historia jurídica de la Edad Media.[27]

La situación actual de los municipios en el Estado se ha de juzgar más bien según los siguientes principios:

[26] *System*, pp. 277 ss.; Hatschek, *Selbstverwaltung*, pp. 34 ss. Acerca del influjo de estas ideas en la organización municipal de Stein de 1808, véase M. Lehmann, *op. cit.*, II, pp. 477 ss. La significación de esta gran reforma, así como la forma original de organización de los municipios alemanes, será estudiada en la segunda parte de esta obra. [Esta segunda parte no llegó a publicarla el autor. N. del T.]

[27] Esto se muestra también en la nueva defensa que hace Preuss en *Städt, Amtsrecht*, pp. 141 ss., del derecho originario de los municipios. Afirma muy justamente, en las pp. 136 ss., que las relaciones de cada Estado concreto, incluso las de *lege ferenda*, son las que sirven para regular la determinación de los límites entre el Estado y el municipio.

Los municipios tienen, como toda asociación, derechos que por su naturaleza no rebasan los límites de la libertad de asociación privada reconocida por el Estado. Gozan en este sentido del derecho a instituir órganos propios, a la admisión de miembros, a administrar sus bienes, a gobernar sus asuntos locales; en una palabra, ejercen la función administrativa privada dentro de la extensión de que antes hemos hablado. El Estado regula también, sin duda alguna, de muy distintos modos, este campo de actividad en sus leyes municipales; pero hasta tanto que una regla jurídica dictada por el Estado con carácter restrictivo no le reconozca otro límite o dominio de poder, lo que vale aquí es la voluntad propia del municipio, la cual sólo tiene su límite en los fines de la asociación. Los municipios están además investidos por la ley de un derecho de soberanía estatista; es decir, su *imperium* le es concedido de tal suerte, que tienen derecho a exigir el ejercicio del mismo, el cual, no sólo le es garantido en interés del Estado —pues mediante la administración autónoma parece lograr mejor sus fines que por obra de órganos del Estado—, sino también en interés propio. El poder de policía,[28] el derecho de exigir prestaciones personales y reales de sus miembros, lo tienen los municipios, no sólo para poder cumplir sus deberes respecto del Estado, sino más bien para poder satisfacer sus fines peculiares. Los impuestos que establecen los municipios en virtud de su *imperium* son aplicados sin distinción en cumplir todos los objetivos del municipio. El *imperium* es, por tanto, un medio administrativo de los municipios para conseguir desplegar plenamente su actividad.

El Estado utiliza además para sus fines a los municipios, dado que los inserta, en calidad de miembros, dentro de su organización administrativa. En este caso el municipio tiene que ejercitar funciones estatistas en virtud de obligaciones que le impone el Estado, por lo cual el campo de acción de un municipio se divide en campo de acción propio e independiente y campo de acción concedido, delegado, cuya distinción, aun cuando procede de la terminología francesa, recibe en esta ocasión un sentido muy diferente. En el círculo de actividad propia, ejercitan los municipios sus derechos; en el que le es concedido o delegado, el municipio tiene el carácter de órgano del Estado.[29]

[28] La situación de éste en los municipios es regulado de un modo distinto en cada Estado. *System.*, p. 276, núm. 1.

[29] Otras divisiones, como la de Gneist, en administración autónoma de autoridad y administración autónoma económica, o la de Loening (*Verwaltungsrecht*, p. 185), distinguiendo los problemas del municipio en obligatorios y arbitrarios, no nos conducen a ninguna distinción jurídica importante de los problemas del municipio. Los impuestos municipales son establecidos tanto en virtud de la actividad administrativa política como económica, pues en general el *imperium* que compete al municipio es un medio para la administración económica, e igualmente la imposición de un impuesto municipal tanto puede ser una obligación del municipio cuanto nacer de la necesidad de servir a un fin facultativo. Por esto

A causa del enlace íntimo en que vive el municipio con el Estado, goza éste frente a aquél, como frente a toda otra corporación de derecho público, de una actividad comprensiva y reguladora; él es el que establece su constitución, bien exclusivamente, ya en sus rasgos esenciales, y lo somete a su fiscalización, la cual puede ser distinta, según los diferentes sistemas de derecho; los municipios, en mayor o en menor medida, pueden sufrir ataques del poder del Estado. En sus leyes municipales dispone el Estado formalmente y de un modo absoluto acerca de la organización y esfera de acción de los municipios, sin que halle límite insuperable para él. Este principio tiene el carácter de una concepción jurídica auxiliar, de igual modo que la correspondiente al poder omnímodo del Estado frente al individuo.

La extensión mayor o menor de la autonomía administrativa de los municipios no es posible fijarla *a priori*, pues el concepto de los intereses locales es muy vago y a menudo está sometido al capricho. El campo de acción propio del municipio comprende especialmente los asuntos de administración interior y económica; lo delegado es la administración de justicia y del ejército, y la administración municipal en general es administración conforme a leyes del Estado. Corresponde, pues, también a los municipios legalmente un derecho reglamentario, a saber: el derecho de dictar estatutos locales, y en virtud de este derecho participan los municipios en la legislación material.

De lo antes dicho se desprenden los siguientes resultados:

La descentralización mediante autonomía administrativa es un fenómeno político que se realiza de muy diversas formas jurídicas, y es *pasiva* o *activa*, según que sea ejercida como un deber o como un derecho. Es, además, o administración *individual* o administración ejercida por una *asociación*, según que sea un individuo o una colectividad quien la ejerce. La administración autónoma pasiva, considerada en su aspecto jurídico, es administración de Estado llevada a cabo por los interesados mismos; se realiza, pues, mediante órganos del Estado; su significación práctica radica en el carácter de estos órganos, los cuales son o funcionarios honoríficos o asociaciones. La administración autónoma activa, por el contrario, sólo puede ser hoy ejercida por las asociaciones que en el cumplimiento de sus derechos no obran como órganos del Estado, sino en nombre propio. La importancia de la autonomía administrativa en las asociaciones no descansa tan sólo en su situación peculiar respecto del Estado, sino también en el carácter de las funciones que ejercen.

Bajo estas asociaciones, los municipios, grandes y pequeños, ocupan una situación especial. En la forma que han revestido éstos en el conti-

mismo participa también de este carácter, sin que sea posible, al establecer un nuevo impuesto, separar de él estos dos elementos.

nente son a la vez asociaciones activas y pasivas, de modo que en ellos pueden ser estudiados todos los aspectos de la organización autónoma.

c) Descentralización por regiones ("Länder")[30]

El Estado unitario, cuyos elementos reciben de él su carácter general de unidad, ha sido por largo tiempo un tipo ideal, que ha entrado en la realidad después de la superación del dualismo medieval. En muchos casos no ha correspondido más tarde la realidad a las exigencias teóricas de la unidad perfecta del Estado. En tanto que se ha hallado el equilibrio de la unidad del Estado en la unidad de la personalidad del monarca, ha sido posible que coexistiesen las peculiaridades de cada una de las partes del Estado dentro de esta unidad, sin comprometer por ello la teoría. Ya hemos dicho que muchos Estados eran antes más bien una federación de provincias que una unidad íntima. En las monarquías absolutas, o en aquellas que tenían una estructura que se basaba sobre las clases o estados, era posible, a pesar de todas las diferencias en la organización provincial y de todos los particularismos en la legislación y la administración, hablar de una vida social especial, pero no de una vida particular política, de miembros que estaban visiblemente separados unos de otros.

En esta época no siempre existía aquella breve realidad de unidad política con que se daba por satisfecha la teoría del derecho público para caracterizar a un Estado como tal. Allí donde el soberano tenía derecho y poder para limitar o suprimir las particularidades, podían ser consideradas estas particularidades como existiendo tan sólo a *precarium*, y no eran, pues, capaces de destruir el carácter unitario del Estado. Otra cosa acontecía donde las instituciones, formadas sobre clases o estados, subrayaban las peculiaridades de las partes.

Tan pronto como comienza uno a ocuparse seriamente de tales formaciones, se advierte que los tipos que sirven de modelo no bastan para explicar suficientemente aquellas funciones, y se recurre entonces a conceptos auxiliares, de los cuales hay dos que debemos mencionar especial-

[30] Véase, para todo lo que sigue, mi colección sobre *Staatsfragmente*, cuyos resultados fundamentales han sido objeto de la aprobación de G. Meyer, p. 33. No puedo en este lugar ocuparme extensamente de las aclaraciones a que han dado lugar mis afirmaciones, especialmente en Francia. La existencia de un escalón intermedio entre el Estado y el municipio lo ha reconocido también bajo mi influjo Rosenberg, *Territorium, Schutzgebiet und Reichsland, Hirths Annalen*, 1903, pp. 492 ss., y Seidler, *Juristische Kriterium*, p. 85; cada uno de ellos, a su modo, trata de construir una doctrina sin llegar a poder explicar todos los casos que se presentan.

(Traduzco la palabra alemana *Land* por región, como la más aproximada, pues este vocablo tiene un sentido jurídico y político manifiesto, en tanto que país o tierra nada dicen en este sentido para nosotros. N. del T.)

mente. El concepto unión real, susceptible de tantas interpretaciones, se utiliza siempre que hay una variedad de territorios que llegan a formar una unidad imperfecta, y se usa la categoría de la incorporación imperfecta para explicar las particularidades de un territorio que ha sido anexado a un Estado y al cual la Constitución deja una amplia independencia. Acerca de la naturaleza de las partes de tales unidades imperfectas, no existe aún ninguna idea clara. Con el concepto actual de Estado son irreconciliables aquellas categorías, aun cuando todavía no hayan desaparecido de la literatura.[31]

Pero no por esto ha desaparecido de la realidad el problema mismo. Hoy existen infinidad de formaciones que no pueden ser comprendidas tomando como tipo el Estado unitario. El problema se plantea actualmente con más firmeza que antes, porque la estructura de la formación del Estado moderno muestra los rasgos distintivos de sus miembros mejor de lo que lo hacía el Estado absoluto y el Estado de clases de los últimos siglos. La unidad jurídica de cada uno de los elementos particulares del Estado se acusa hoy de un modo mucho más claro que antes. El concepto de ciudadano de un Estado ha alcanzado por vez primera su madurez completa con la caída de la organización estatista feudal y de clases; la unidad del territorio del Estado, la centralización de la administración y la de la justicia en última instancia, no se han desarrollado con todas sus consecuencias hasta la Revolución francesa. Hoy el Estado se nos aparece fundamentalmente como dotado de unidad territorial, unidad de pueblo y unidad de poder. Cualesquiera que sean las corporaciones que puedan existir en él, su territorio es siempre al propio tiempo territorio del Estado. Los miembros de las asociaciones que en él van contenidas son, al propio tiempo, miembros del Estado, y todo poder de asociación es un poder sometido al del Estado, de suerte que el órgano de la asociación jamás puede alcanzar el carácter de órgano del Estado, pues pertenece a una asociación no estatista, sino que este carácter exclusivamente lo ostentará en virtud de la voluntad del Estado.

Pero no hay duda alguna de que hay Estados en los que no existe esta unidad de sus elementos; de aquí nace una forma de descentralización que no corresponde a ninguno de los tipos de que nos hemos ocupado hasta ahora, sino que es preciso formar un nuevo tipo tomando por base materiales empíricos. Quien se ocupe de alguna de estas formaciones incurrirá en las mayores contradicciones si pretende incluirlas en los conceptos de escuela existentes en el derecho político. Vamos a intentar echar

[31] Bornhak ha intentado nuevamente renovar el concepto de la incorporación imperfecta. Véase *Einseitige abhängigkeitsverhältnisse unter den modernen Staaten*, 1896, pp. 62 ss., en Jellinek-Meyer, *Abhandlungen*, pp. 62 ss.

una ojeada de conjunto sobre los casos más importantes que se suelen presentar.

1. Hay Estados cuyo territorio y pueblo no forman una unidad de derecho público. Este caso se presenta cuando hay cambio de dominación, separación de un territorio o conquista de un Estado; basta con que el país conquistado entre a formar parte del territorio del conquistador. Tales territorios, que no pertenecen ya al Estado anterior, no han perdido su carácter de Estado, no forman parte aún del Estado conquistador desde el punto de vista del derecho político. Más bien puede decirse que, mediante un acto de derecho internacional, el Estado conquistador tiene la facultad de apropiarse aquellos territorios; pero para llevar a cabo la incorporación, es necesario siempre un acto particular del derecho político; jamás tiene lugar *ipso jure*. Ambos actos, la adquisición del territorio y la incorporación, pueden ser temporalmente separados de un modo sensible el uno del otro. Así, por ejemplo, en virtud de la paz de Viena del 30 de octubre de 1864, fue el Schleswig-Holstein cedido por Dinamarca a Prusia y Austria; pero su incorporación a la monarquía prusiana tuvo lugar mediante la ley prusiana del 24 de diciembre de 1866, ratificada mediante la patente real del 12 de enero de 1867. Alsacia-Lorena fue cedida por Francia a Alemania en los días de la ratificación de los preliminares de la paz de Versalles (2 de mayo de 1871); pero por la ley del imperio del 9 de junio de 1871 fue declarada Alsacia-Lorena una parte del imperio alemán, y sus habitantes ciudadanos del imperio. En el intervalo, estos territorios, aun cuando no forman por sí Estados, tampoco están incorporados a ningún otro, de suerte que quedan en una situación suspensiva, que puede durar largo tiempo; así lo prueba la situación actual de Bosnia y Herzegovina.[32] Ambas provincias turcas, colocadas bajo la administración de Austria-Hungría, no forman parte ni del territorio del Estado austriaco ni del húngaro, y sus ciudadanos no tienen ni ciudadanía austriaca ni húngara. Pero a pesar de que Turquía conserva la soberanía sobre ambas provincias, este poder de dominación o de soberanía, en virtud de la cesión que han hecho del poder de gobierno a Austria-Hungría, carece de todo contenido de derecho público; de modo que estas provincias, con respecto al imperio turco, parecen territorios independientes con súbditos propios, máxime por ser Austria-Hungría la que las representa en el exterior. Su relación con el imperio turco tiene, pues, esencialmente la significación exclusiva de derecho internacional,

[32] Al publicarse la segunda edición de esta obra aún no se había llevado a cabo la anexión a Austria-Hungría de Bosnia-Herzegovina, sobre la que Europa simplemente había confiado a aquélla, en el Congreso de Berlín, una misión administrativa, pero reservando de derecho la soberanía al sultán. La anexión fue hecha pública por tres rescriptos imperiales y reales de 7 de octubre de 1908 y una proclama al pueblo de las dos provincias anexionadas. [N. del T.]

la de impedir que Austria-Hungría se las incorpore a uno de sus dos territorios sin el asentimiento de la Puerta y de las demás potencias signatarias del acta del Congreso de Berlín.

Las conquistas hechas conforme al derecho internacional pueden estar también separadas de los territorios del conquistador. Buen ejemplo son de ello los territorios alemanes protegidos, los que están sometidos a la soberanía del imperio alemán y no forman una parte del territorio del imperio tal como éste es descrito por la Constitución. Pertenecen al imperio, pero no son una parte de él; es decir, desde el punto de vista de los principios, en un sentido de derecho político, son para el imperio territorios extranjeros.[33] Los individuos pertenecientes a los territorios protegidos no son, pues, ciudadanos del imperio alemán. Se les puede conceder tal ciudadanía del imperio, mas para ello es necesario un acto administrativo del imperio alemán. El indígena no naturalizado, o cualquier otro miembro de un territorio protegido del Estado, es y permanece extranjero para el imperio.

Los territorios protegidos tienen, pues, dos de los elementos esenciales del Estado: territorio propio y súbditos propios; sin embargo, están muy distantes de ser un Estado.[34] No tienen los elementos que caracte-

[33] El punto de vista dominante encuentra hoy la oposición de Köbner, *Deutsches Kolonialrecht*, en *Kohlers Enzykl.*, II, p. 1090, el cual afirma que los territorios protegidos no son territorios extranjeros, sino países agregados; sólo que desde un punto de vista de derecho político, país extranjero es todo el que no pertenece legalmente al territorio del imperio, como hace notar muy acertadamente Laband, II, p. 278.

[34] Rehm, *Staatslehre*, p. 264, considera los territorios protegidos como Estados no soberanos, construidos según la teoría del Estado objeto. (Véase la p. 133 de esta obra.) Este punto de vista es insostenible, aun prescindiendo de las contradicciones que implica la falta de un concepto unitivo de Estado para una época determinada de la cultura. Ante todo, falta a los territorios protegidos un poder independiente del Estado, tanto objetiva como subjetivamente, pues la soberanía sobre los territorios protegidos descansa exclusivamente en una ampliación de la competencia del poder del imperio, para lo que está autorizado éste de una manera general por la Constitución misma (art. 11). Así pues, el poder que se manifiesta en los territorios protegidos no es un poder separado del imperio, sino la unidad del poder de éste. Si se acepta, como quiere Rehm, que los territorios protegidos tienen un poder independiente, se cae en contradicciones insolubles. Los territorios protegidos no tienen personalidad internacional precisamente porque carecen de personalidad estatista, faltándoles, por tanto, justamente la nota que, según Rehm, caracteriza al Estado. Además, entre Estados, incluso entre uno soberano y otro no soberano que le esté sometido, sólo puede existir, en virtud de su carácter estatista, una relación internacional, que no puede darse entre el imperio y los territorios protegidos. Asimismo necesitaría la modalidad internacional del territorio protegido manifestarse exteriormente de algún modo; por ejemplo, el imperio necesitaría poder declarar exclusivamente la guerra en su calidad de soberano del territorio protegido, pero en ninguna parte se ha declarado el derecho de guerra del territorio protegido idéntico al del imperio, etc. Contra la doctrina de Rehm se revuelve, prescindiendo de otras cosas, el más importante principio fundamental metodológico: *praeter necessitatem principia non sunt multiplicanda.* Para evadirse de mi hipótesis de los fragmentos del Estado, es preciso aceptar sus tres géneros de Estado, y además un cuarto tipo mixto (p. 112), en el que van unidos elementos fundacionales y de carácter corporativo.

rizan la personalidad del Estado.[35] El poder del Estado sobre los territorios protegidos descansa exclusivamente en el del imperio.[36]

2. Hay miembros del Estado que poseen órganos cuya naturaleza y funciones son enteramente iguales a las de un órgano de aquél, pero que no son en sí órganos del mismo, sino de la corporación territorial de que se trata, insertos en la organización del Estado. Estos órganos son rudimentos de un poder estatista independiente. Tales rudimentos pueden ser de tal importancia que sugiera dudas el determinar si las corporaciones territoriales tienen o no un carácter de Estado. Desde el punto de vista político, los Estados que poseen formaciones de esta suerte no se suelen considerar unitarios, sino federales, como unión real o confederación de Estados. A causa de su importancia, conviene fijar su naturaleza jurídica.

El caso más importante es aquel en que los territorios tienen órganos particulares legislativos. Esto ocurre con una parte de las colonias británicas, especialmente Canadá, las tierras del Cabo y las colonias de Australia, que han sido dotadas por el parlamento británico de Constitución propia.[37] Tienen parlamento propio, que no es órgano del imperio británico, sino de las colonias, que ofrecen un carácter corporativo. Además, el reino y regiones de Austria han recibido, por la Constitución de 26 de febrero de 1861, una legislación especial, que tiene para ellos el carácter de las leyes fundamentales del Estado. Conforme a éstas, participan las dietas de cada región en la legislación del mismo. En Austria hay especialmente dos géneros de leyes propias de cada región y leyes del imperio; estas últimas no se encuentran, como ocurre en Alemania, en una relación de preferencia sobre las primeras, sino que ambas tienen el mismo valor. En Alsacia-Lorena, la comisión nacida del voto de las asociaciones comunales de este territorio influye en la labor legislativa de la región, del modo y manera como podría hacerlo una representación po-

[35] Mediante la ley del Estado del 30 de mayo de 1892, se les ha concedido personalidad jurídica patrimonial y, por consiguiente, subjetividad de derecho público. Esta capacidad jurídica limitada descansa en un tipo de fundación, no sobre un tipo corporativo (véase *Staatsfragmenten,* p. 19), y de ningún modo eleva los territorios protegidos a la dignidad de Estados. Otro tanto pasa con Alsacia-Lorena y su fisco. (*Staatsfragmenten,* p. 32.)

[36] Ésta es la doctrina dominante. (Véase G. Meyer, *Die Staatsrechtliche Stellung des deutschen Schutzgebiete,* 1888, p. 87; del mismo, *Staatsrecht.,* p. 206; Laband, II, p. 277; Haenel, *Staatsrecht.,* I, pp. 844 ss.) Sobre la situación de las sociedades coloniales y jefes de las razas indígenas, véase G. Meyer, *Staatsrecht,* I, pp. 487 ss. Se pueden considerar los territorios protegidos como objetos de la soberanía del imperio, en tanto que con esto se quiera expresar la falta de un poder público independiente en los territorios protegidos. Los habitantes de un territorio protegido no son de ningún modo meros objetos de dominación, pues su personalidad es reconocida y protegida. La teoría jurídica que considera el Estado como objeto no encuentra aquí aplicación.

[37] Véase especialmente Todd, *Parlamientary Government in the British Colonies,* 2ª ed., Londres, 1894, y además Dicey, *Introduction,* pp. 98 ss.

pular, y las leyes de aquella región son dadas por el káiser con el asentimiento del Bundesrat y de la comisión de la región *(Landesausschuss)*.[38]

En todos estos casos no pueden considerarse los órganos legislativos de que se trata, ni como comunales, ni como órganos del Estado. El proceso legislativo es un proceso estatista, y todos los órganos que colaboran en él son órganos del Estado.[39] Las leyes de una región no se pueden comparar con los estatutos locales de un municipio, puesto que aquéllos proceden del poder del Estado. Los parlamentos de estos territorios participan, como órganos del Estado, en el proceso de la legislación del territorio mismo.[40] No son órganos directos del Estado, sino que pertenecen a la región. La dieta de Bohemia no es órgano del Estado austriaco, sino de Bohemia. Los parlamentos de las regiones son, por tanto, órganos de igual valor que los órganos del Estado, pero no son órganos del Estado mismo, sino de la región; son, pues, miembros de una organización estatista rudimentaria[41] de la región de que se trata.

A estos órganos legislativos pueden añadirse otros; por ejemplo, puede existir un gobierno particular, un organismo particular de autoridad y una constitución especial de los tribunales de justicia. Que tales órganos son órganos del Estado y no de una asociación municipal, resulta evidente, puesto que se ocupan de asuntos que inmediatamente competen al Estado. Pero no son órganos del Estado total, pues sus funciones, a causa del fundamento y situación que les asigna la Constitución, no caen dentro de su competencia. La característica de estos órganos de región radica en que todo *imperium*, ejercitado como tal por la región, supone la actividad común de órganos del mismo y del poder del Estado soberano. Las

[38] Sobre el carácter de Alsacia-Lorena como territorio, véanse las detalladas observaciones que he hecho en *Staatsfragmenten*, pp. 31 ss., y de acuerdo conmigo, G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 204, n. 7. Laband, II, p. 203, considera que la concepción de Alsacia-Lorena como un fragmento de Estado puede valer como un concepto político, pero no para la dogmática del derecho político, y, sin embargo, sólo esta doctrina es capaz de evitar el que se encierre la constitución del imperio bajo conceptos que no pueden explicar su naturaleza jurídica sin violencia. Rosenberg, *Hirths Annalen*, 1903, pp. 904 ss., está de acuerdo esencialmente conmigo. [Con posterioridad, en junio de 1911, se ha publicado la ley constitucional de Alsacia-Lorena dada por el imperio, ley que cambia la situación política de Alsacia-Lorena en el imperio y su organización interior. El texto puede hallarse en la *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, número de julio-agosto-septiembre de 1911. N. del T.]

[39] Este principio es hoy *communis opinio*. El carácter de los parlamentos particulares no ha sido hasta ahora objeto de una investigación fundamental.

[40] Si se niega esto, no puede menos de llegarse, para ser consecuente, a la opinión de Mischler, *Österreichisches Staatswörterbuch*, II, p. 582, según el cual los diversos parlamentos del reino austriaco ejercitan la autonomía legislativa, al mismo tiempo que participan en la legislación del Estado; que las leyes de las diversas regiones austriacas sean leyes del Estado, nadie lo pone en duda. (Véanse observaciones más amplias en *Staatsfragmenten*, pp. 28-29.

[41] Por esto la aplicación del concepto de órgano del Estado a tales órganos de la región *(Land)* está completamente justificada, y no tiene fundamento la objeción de Rosenberg, en *Hirths Annalen*, 1903, p. 492, de que órganos del Estado sólo éste puede tenerlos.

leyes de la región son sancionadas por el poder del Estado, y las autoridades de aquél son establecidas por el Estado o en su nombre. Lo peculiar de una región dotada de órganos propios es que en ella son necesarios dos géneros de órganos públicos que proveen a las funciones del Estado, en tanto que las funciones del municipio pueden ser atendidas exclusivamente por órganos municipales y las del Estado por órganos de éste. En la región no cabe nunca que los órganos se pongan en actividad sin el concurso de los del Estado, mientras que éstos sólo en casos determinados han menester de la colaboración de aquéllos.[42] Así, las colonias británicas tienen un gabinete responsable tan sólo ante las cámaras legislativas de las colonias, tribunales de justicia propios, ejército propio y propia marina de guerra.[43]

Tales países tienen siempre constituciones particulares, que les son dadas por los Estados dominantes. En muchos casos toda modificación en la Constitución del país sólo es posible mediante la conformidad del órgano legislativo del mismo.

3. La desorganización de un Estado puede ser tanta, que se llegue a dudar si sus miembros tienen jurídicamente un carácter estatista. Éste es el estado actual de las cosas para la Croacia eslava en Hungría y la Finlandia en el Estado ruso.[44] Croacia no sólo tiene parlamento propio, que colabora en la legislación de la región, sino gobierno propio, a cuyo frente está el *Banus,* responsable ante el parlamento; tiene sus tribunales propios, independientes de los de Hungría, que juzgan según leyes croatas. La regulación de sus relaciones con Hungría y de los asuntos comunes de todos los países de la corona de san Esteban son objeto de una doble ley húngara y croata, que concuerdan en el contenido y exigen que toda modificación en las relaciones del derecho público de Croacia, con respecto a Hungría, necesite el consentimiento del parlamento croata.

[42] Rehm, p. 170, no encuentra en las colonias británicas, a pesar de la organización independiente de éstas, nada que las separe del tipo de una provincia. Sin embargo, el poder del Estado inglés y el de sus colonias está en la misma relación que el poder del imperio y el de los territorios protegidos, con la diferencia de que los derechos del poder central inglés son más limitados que los que corresponden al imperio. ¿Por qué, pues, en un caso acepta que existe Estado y en el otro no? Si el Camerún es un Estado, también habrá de serlo Canadá, y por el contrario, si Canadá y a la actual federación de Australia se les da el carácter de provincias, los territorios protegidos alemanes y dependientes no pueden ser designados con igual calificativo. Pero si se estatuye en tales casos una distinción tan diametralmente opuesta de la realidad política, podríamos preguntarnos de nuevo para qué sirve la jurisprudencia, si tiene algún valor práctico o sólo significa un juego de conceptos.

[43] Sobre la organización provincial peculiar de Canadá, véase Munzo, *The Constitution of Canada,* 1889, cap. IV. Sobre la nueva constitución australiana, véase especialmente la *op. cit.* de W. H. Moore. Sobre esta constitución ha influido especialmente la americana. Literalmente han influido sobre América la obra de Bryce y la de Burges, muy influida a su vez por la ciencia alemana. Véase Moore, pp. 64-65.

[44] Véanse más detalles sobre Croacia y Finlandia, en *Staatsfragmenten,* pp. 35 ss.

Al gran principado de Finlandia, cedido por Suecia a Rusia en virtud de la paz de Fredrikshamn del 17 de septiembre de 1809, le ha sido concedido mediante el libre acuerdo del emperador Alejandro I, y a pesar de su incorporación al imperio ruso, la más amplia autonomía. La antigua constitución de este país, que data de la época en que era parte integrante del Estado sueco, recibió la confirmación del emperador, así como el título, que hasta ahora ha gozado, de gran principado de Finlandia. En virtud de su Constitución, Finlandia tiene territorio propio, súbditos propios, que no son al mismo tiempo súbditos del Estado ruso. Toda la administración es enteramente finlandesa, a excepción de los asuntos exteriores y cuestiones militares, que le son comunes a Rusia. Croacia y Finlandia, por próximas que se encuentren en su estructura a la de un Estado, no son tales Estados, porque sus más altos órganos, los monarcas, se identifican con los de los Estados que los dominan. Sus constituciones son una parte de la Constitución general del Estado a que pertenecen, y, por tanto, están protegidos contra una modificación ordinaria. Hacer otra cosa equivaldría a una violación de la Constitución.[45]

4. El nombre que conviene para todas estas formaciones es el de región *(Land),* tanto más cuanto que es usado a menudo en el lenguaje oficial de los Estados de que tratamos. Se puede definir *Land* (en cuanto fragmento de un Estado) como aquella parte de un Estado que, frente a éste, posee elementos estatistas independientes (territorio, pueblo, órganos de Estado), y se diferencia, a causa de ello, de lo que es meramente parte o miembro de un Estado (por ejemplo, asociaciones municipales); pero carece de un poder estatista independiente que descanse en su propia voluntad.

[45] En la abundante literatura internacional que ha nacido con motivo de la opresión de Finlandia por Rusia, han sido muy atacadas y discutidas mis observaciones y afirmaciones sobre este asunto. Así, por ejemplo, Delpech, *La question finlandaise, Revue générale de droit international public,* 1899, pp. 564 ss.; Despagnet, *La question finlandaise,* París, 1901, pp. 69 ss.; Michonel y Lapradelli, *La question finlandaise,* París, 1901, pp. 73 ss.; Getz, procurador general del Estado de Noruega, *Das staatsrechtliche Verhältnis zwischen Finland und Russland,* 1900, pp. 35 ss. El fin manifiesto de estos escritos, así como de otros (véase la literatura citada por mí en *Staatsfragmenten),* es fundar el derecho de Finlandia contra Rusia en el carácter estatista de aquélla. Pero ninguna de estas obras responde a una cuestión que ofrece la situación del emperador de Rusia, y es: ¿qué principio jurídico prohíbe al zar de Rusia someter al principado de Finlandia —separado políticamente de Rusia— al que no puede declarar la guerra por el medio coactivo que él considere, según el arbitrio de su autoridad soberana, que exigen los intereses del imperio ruso? Si Finlandia es un Estado, entonces éste tiene que estar jurídicamente protegido contra las acciones de violación constitucional del monarca finlandés, y de ningún modo contra los ataques de Rusia, la cual, conforme al amplio círculo de acción que el derecho internacional deja a la política, está facultada en determinadas circunstancias para destruir la existencia misma de un Estado unido a ella de un modo permanente. Según la opinión que he mantenido, una conducta semejante por parte de Rusia habría de ser considerada como violación anticonstitucional. Sea esto expresamente afirmado, pues en los círculos oficiales rusos se ha invocado, con harto dolor mío, mis puntos de vista para justificar el sometimiento anticonstitucional de Finlandia.

Atendiendo a la importancia jurídica y política con relación al Estado dominante, hay que distinguir dos formas principales de regiones.

La primera es la de *regiones anexadas*, las cuales tienen una existencia política separada, en cuanto no toman parte alguna de la vida del Estado dominante. Éste es el caso de todos los territorios protegidos y colonias a las que no se les reconoce participación alguna en la representación particular del Estado en general, y cuya administración está separada de la del Estado, al punto de que no parece parte integrante de éste, sino simple anexo, por lo cual se puede separar de él, de nuevo completamente, sin afectar la vida interior del mismo.

La otra forma es la de la región como miembro integrante del Estado. En este caso está más o menos inserta en éste, y forma, en lo que respecta a los asuntos peculiares del mismo, una provincia cuya participación en la vida del Estado es la que corresponde a éstas. La región en esta forma puede ser también el fundamento de todo el Estado, cuando este mismo no sea sino una pluralidad de ellas. Así Canadá se compone de provincias, que es la designación oficial, dotadas de constitución propia, conforme a la cual tienen parlamento independiente, y al frente de la administración se encuentra un gobernador, nombrado por el gobernador general de Canadá, y un gabinete nombrado por aquél y responsable ante las legislaturas de las provincias. Estas provincias se encuentran, respecto a Canadá, en la misma situación que éste con la Gran Bretaña. Son *regiones* de segundo grado. Canadá es, por su origen, organización y descentralización, enteramente como un Estado federal. Es una región federal común, nacida de la federación de regiones. Aún más peculiar es la organización análoga a la de región federal existente en el Commonwealth de Australia, donde los miembros de la unión llevan además el nombre de *State.*[46]

El fundamento de la organización del Estado en Austria es la región *(Land)*, y en el lenguaje oficial se le describe como Estado formado por regiones y reinos representados en el Reichrat. Austria ha nacido de la unión de sus territorios mediante la persona del monarca. Por la reforma administrativa de María Teresa, los poderes superiores, independientes hasta entonces en un sentido jurídico de los países hereditarios alemanes y bohemios, se fundieron en una unidad, y estos territorios no fueron sino *regiones*. Este carácter lo han conservado a través de todos los cambios de la vida constitucional austriaca, desde el año 1860, de suerte que Austria, considerada en la evolución de su derecho público, parece un Estado formado por regiones *(Länderstaats)*, una especie de federación,

[46] Moore, *op. cit.*, pp. 65 y ss., hace notar con acierto que las expresiones *Commonwealth* y *State* no están usadas en la constitución australiana con un sentido científico claro.

que sólo será comprensible para el derecho político si se estudia la forma hasta ahora desconocida de la región *(Land)*.

5. Según que existan o no órganos particulares en la región, divídense éstas en desorganizadas y organizadas. Las segundas pasan por varios estadios, conforme al carácter de su constitución, o bien las modificaciones de éstas son sustraídas a toda participación del parlamento, o toma éste una parte pequeña o grande en aquélla, o puede suceder que toda modificación constitucional dependa del consentimiento de la representación parlamentaria de la región, como acontece en Croacia y Finlandia. Las regiones pueden, pues, estar mucho más protegidas en el círculo de su competencia contra los ataques de la legislación del Estado dominante que los Estados miembros en el Estado federal.

Atendiendo a las relaciones exteriores, desaparece la peculiaridad de los elementos estatistas de la región, pues no podrían alcanzar existencia dentro del derecho internacional. Todos sus elementos valen, pues, exteriormente no más que como propios del Estado. En esto se encontrará también una distinción esencial entre región y Estado dependiente, el cual puede tener una personalidad internacional limitada.

Región indica el límite extremo a que puede llegar la descentralización de un Estado sin destruir el carácter de la unidad de éste. Aun cuando tal unidad no sea perfecta, nunca puede suprimirse completamente el carácter del Estado. Los conceptos jurídicos son rígidos y la vida es fluyente. Los límites necesitan, por tanto, ser mostrados a través de las transiciones.

Políticamente, región significa, en general, un elemento de un Estado imperfecto o de la desorganización de éste. Las regiones anexadas pueden ser separadas de la metrópoli sin que la vida interna de ésta sea afectada. Pero el Estado que posee regiones como partes integrantes de él está falto de una unidad política. A menudo existe entre los miembros un impulso centrífugo a una mayor independencia, y entonces la permanencia de esta forma del Estado se hace tan precaria como la de la mayor parte de las uniones entre Estados. La existencia de regiones descansa, en general, en las mismas causas que la mayor parte de las confederaciones, a saber: en la imposibilidad nacional, histórica y social para fundir en una unidad masas populares que están muy separadas. A la acción centrífuga corresponde por parte del Estado frecuentemente una tendencia centralizadora, y de aquí nacen las luchas internas, tan largas a veces. La descentralización por regiones se diferencia políticamente de la descentralización mediante la autonomía administrativa, en que ésta es una forma normal y anormal aquélla que tiende a nuevas formaciones de Estados o a una centralización más fuerte, que conduce a desposeer a las regiones constitucionalmente de su carácter peculiar.

XX. LAS FORMAS DEL ESTADO

1. División de las formas del Estado

La determinación de las formas del Estado y de los géneros de éste es uno de los problemas más antiguos de la ciencia política. La teoría de las formas del Estado desempeña un gran papel en Platón y en Aristóteles. Aquél considera los Estados según que concuerden con el ideal o se desvíen más o menos de la naturaleza de éste. Aristóteles ve en la forma la esencia de las cosas, y trata, por tanto, de fijar el principio determinante de las formas del Estado. Bajo el ascendiente enorme de Aristóteles, especialmente, se ha seguido tratando, hasta llegar a la época contemporánea, la doctrina de la división del Estado, doctrina que nos enseña a comprender la vida y suerte de éste partiendo de un centro inestable.

Con el desarrollo de las modernas ciencias políticas, las cuales descansan en una base mucho más amplia que las antiguas, multiplícanse los esfuerzos por superar las categorías de la teoría aristotélica del Estado, para la que sólo existen tres formas normales. En la realidad son posibles infinidad de divisiones, teniendo en cuenta las innumerables peculiaridades que puede ofrecer el examen de los Estados y según el punto de vista bajo el que se les examine. Así, por ejemplo, las singularidades del territorio pueden servir de fundamento a muy varias divisiones, y lo mismo la situación respecto al mar, el clima, las propiedades del suelo, la extensión territorial, las fronteras del país, etc. Las peculiaridades sociales, nacionales y religiosas de la población, brindan a su vez una variedad casi incontable de fundamentos para hacer divisiones, y otro tanto acontece con las distintas relaciones económicas que forman la base de la sociedad y los fenómenos cambiantes del Estado en su sucesión histórica.[1]

[1] Apenas si sería posible enumerar meramente los intentos que se han hecho para clasificar las formas del Estado. Parte de la antigua literatura ha sido citada por H. A. Zachariae, *op. cit.*, I, pp. 74 ss.; Mohl, *Enzyklopädie*, pp. 109 ss., y Waitz, *op. cit.*, pp. 107 ss. Para la historia de la teoría de las formas del Estado, véase, entre la literatura moderna, Von Martiz, *Die Monarchie als Staatsform*, 1903, pp. 10 ss. Algunos ejemplos darán una idea del subjetivismo y confusión que reina en esta materia: teocracia, Estado de derecho (Welcker); repúblicas, autocracias, despotismo (Heeren); Estados orgánicos y mecánicos, y entre los primeros, Estados nómadas y agrícolas; entre los últimos, jerarquías e ideocracias, regímenes militaristas, plutocracias (Leo); Estados idólatras, individualistas, de razas, formales (Rohmer); particulares, patrimoniales, Estado antiguo, Estado de derecho de la época moderna (Mohl); soberanía de uno, que se divide en monarquías y repúblicas monocráticas y pleonocráticas, incluyendo como una subdivisión las pleonarquías y repúblicas pleo-

Todas estas divisiones ponen de manifiesto un elemento que no deja de ser importante para el Estado, pero que no puede ser decisivo, porque el elemento peculiar a aquél y que lo distingue de todas las demás formaciones sociales, el poder, no se tiene aquí en cuenta. Por eso, las divisiones de que nos hemos ocupado no son suficientes para constituir una clasificación científica; forman, más bien, eslabones que o no dicen nada acerca de la vida del Estado como tal, respecto de la formación de la voluntad y de las relaciones conforme a sus miembros, o nos dicen muy poco. Si divido, por ejemplo, los Estados en Estados agrícolas, comerciales e industriales, nada llego a saber con este encasillamiento de la estructura de estos grupos estatistas, esto es, de lo que hace al Estado tal Estado. Es como si dividiésemos los mamíferos por su tamaño, color, utilidad y signos análogos, caracteres que existen realmente, pero que no forman el signo distintivo de cada uno de los géneros de esta clase de animales. Todas aquellas divisiones, además, son unilaterales y arbitrarias, como en general cuantas clasificaciones parten de elementos accesorios o de fenómenos que acompañan de una manera circunstancial a un género de objetos.

A todas estas clasificaciones les falta lo que debe ser su fin, a saber: una profunda visión científica para poder someter los Estados a grupos. El Estado, como todo lo humano, es complicado en su expresión fenoménica concreta, a tal punto, que en vano nos esforzaremos por apresarlos en pobres fórmulas y por tratar de explicar la plenitud de su existencia con una palabra. Tampoco es posible comprender a los hombres en categorías generales, como la de sexo, edad, etc. Quien quiera asir al individuo con estas fórmulas, se encontrará con que se trata de algo independiente que la rebasa y que jamás se deja coger por entero. Otro tanto ocurre con las individualidades de los Estados; además, cada Estado concreto se encuentra condicionado por su historia, y, por tanto, de ninguno de los rasgos de su territorio y pueblo podría deducirse una división profunda y general. El Estado comercial antiguo y el moderno, por ejemplo, son, a causa de la distinción entre el comercio antiguo y el de hoy, dife-

nocráticas (Gareis). En el libro de Schwarcs, *Elemente der Politik*, pp 79 ss., se hallarán infinidad de divisiones de la literatura moderna, según las distintas direcciones: aristocracias, timocracias, democracias puras, democracias de cultura y formas mixtas; dominaciones hereditarias y Estados libres; Estado policía y Estado de derecho, Estados centralizados y Estados organizados tomando por base el *self-government;* Estados que descansan sobre la autonomía provincial y municipal, y formas mixtas; Estados con una sola lengua, con varias; territoriales, nacionales y de nacionalidades; Estados homodoxas y polidoxas, e infinidad de otras subdivisiones. R. Schmit, I, pp. 263 ss., quiere dividir la cuestión de las formas del Estado en otras, consistentes en saber quién es en el Estado el que ejerce la función legislativa, quién la de gobierno y quién fiscaliza a éste, y según las respuestas, así distingue él formas de gobierno y formas constitucionales. Bajo esta etiqueta se ocultan, en la primera la antigua tríada, y en la segunda la oposición entre el Estado absoluto y el constitucional.

rentes uno de otro, y el tratar de reunir Atenas e Inglaterra bajo un concepto general común no amplía en nada nuestro conocimiento del Estado comercial. La inclusión de ambos Estados en la misma categoría se hace en tales casos no en virtud de una identidad, sino en virtud de una nota de analogía; pero las divisiones que descansan en analogías tienen un valor escaso, relativo.[2]

Es preciso, pues, renunciar a una división que nos dé a conocer, mediante notas generales y con un carácter de seguridad, el proceso general de la vida del Estado. Pero los Estados nos ofrecen en sus fenómenos históricos tipos permanentes. Hay en los Estados relaciones constantes que perduran a través de todo cambio de sus peculiaridades; tales son las relaciones formales de voluntad sobre las que descansa el poder del Estado, y sus relaciones con los miembros de éste. Por muy grande que pueda ser la diferencia entre la monarquía egipcia y la Roma imperial, y entre ésta y la Francia de Luis XIV y la Rusia actual, el hecho de que una voluntad física represente en todos estos Estados la voluntad común de los mismos, está expresado en esta variedad de Estados, no de un modo análogo, sino igual. El criterio común a todas las divisiones, para penetrar en la esencia del Estado, sólo podemos hallarlo en el fundamento de las relaciones constantes de voluntad que alcanzan en él su expresión. Estas relaciones fundamentales de voluntad son, pues, la base de la Constitución del Estado, y la división científica de los mismos es aquella que se hace según las formas que ofrece tal Constitución.

Una de las ideas más geniales de la ciencia antigua del Estado fue el pensar que las formas de éste se identifican con las formas de la Constitución. Hay cosas que siempre cambian en el Estado; pero hay ciertas relaciones abstractas de voluntad cuyo cambio apenas si es perceptible por los límites mismos en que tiene lugar. Y estas relaciones son como el andamiaje firme mediante el que se ordenan los mil elementos variables de cada Estado.

Pero ¿cuál es el principio supremo para dividir las constituciones? La ciencia antigua partió para lograrlo del número de personas directoras y de las cualidades éticas y sociales de éstas, con lo cual se introdujo preci-

[2] Con aquellas categorías que no se proponen una división sistemática y completa, lo único que se pretende es determinar el punto de vista según el cual debe ser considerado científicamente un tipo determinado de Estados. Así, si se habla del Estado antiguo, nos referimos tan sólo a las divisiones peculiares de la antigua Roma, sin que se piense en un principio de clasificación aplicable a todos los Estados posibles. Si el historiador pinta el Estado feudal, él tiene presente tan sólo la estructura y el proceso vital de aquellos Estados que están dominados por el régimen feudal. Esta pluralidad de categorías no puede evitarse, y aun es ventajosa para los distintos fines que se pueden perseguir al considerar los Estados, con la condición de que estos fines científicos, prácticos, con los que formamos tipos relativos, no los queramos convertir en principios absolutos de división de las ciencias del Estado en general, con que alcanzar una visión profunda de la naturaleza general del Estado.

samente un elemento indistinto y difícil de determinar en el principio de división, que en casos concretos puede dificultar la posibilidad de la aplicación.

Los elementos que con seguridad científica son susceptibles de conocer, en todas circunstancias, de las relaciones de voluntad expresadas en la Constitución, son los elementos formales, los cuales han de hallar su expresión, en virtud de la necesidad jurídica, en la vida del Estado. Estos elementos formales están libres de toda peculiaridad concreta; por esto sólo es posible una división científica, satisfactoria, de las formas del Estado como división jurídica. La cuestión de las formas del Estado se identifica, pues, con la de la distinción *jurídica* de las constituciones.[3]

El principio de distinción jurídica no puede ser otro que el del modo de la formación de la voluntad del Estado. Dos posibilidades jurídicas se dan aquí: o la voluntad suprema que pone en movimiento el Estado se forma según la Constitución, mediante un proceso psicológico, esto es, natural, o por un proceso jurídico, esto es, artificial. En el primer caso tiene lugar la formación de la voluntad dentro de una persona física, y la voluntad del Estado así formada, aparece al propio tiempo como voluntad física de una determinada individualidad. En el otro caso, la voluntad del Estado se forma mediante un procedimiento jurídico, con las acciones voluntarias de una pluralidad de personas físicas, de modo que no se aparece como la voluntad de una persona visible, esto es, de una determinada individualidad, sino como la voluntad de un *collegium*, es decir, como una voluntad que sólo tiene carácter jurídico. Las voluntades físicas y jurídicas nacen de la aplicación de principios de derecho mediante un procedimiento constitucional previamente determinado. Éstas son las dos únicas posibilidades para una división suprema del Estado.

Las consideraciones anteriores no fueron desconocidas de la antigua teoría del Estado,[4] y de nuevo ha aparecido con los fundadores de la po-

[3] El que considere la vida real histórica del Estado reconocerá frente a la forma *jurídica* una forma *política*, la cual, como todo lo que no es jurídico en el Estado, es imprecisa e indeterminada. Como depende de las relaciones concretas, siempre cambiantes, del Estado, cambia ella también de continuo, y es de poca utilidad el tratar de encerrar este momento del Estado dentro de categorías firmes. Políticamente, Atenas, en la época de Pericles, estaba dominada por un solo hombre, y Rusia, bajo Pablo I, estuvo durante algún tiempo bajo el dominio del ayuda de cámara del emperador. Otras monarquías han sido gobernadas durante algún tiempo por las amantes o los confesores del rey. Estados con un poder monárquico muy fuerte han tenido gobiernos parlamentarios pasajeros. Tales hechos son de gran importancia para la consideración histórica, social y política de los Estados particulares; pero para el derecho sólo pueden tener valor en cuanto expresan una oposición permanente entre el titular del poder político y el del jurídico en la vida del Estado. Véanse sobre esto las exactas apreciaciones de Piloty, *Autorität und Staatsgewalt*, en el *Jahrbuch des internat. Vereinigung für vergl. Rechtswissenschaft*, VI, 1903, pp. 553-554.

[4] Ya Aristóteles opone la monarquía a los Estados no monárquicos. (Véase Rehm, *Geschichte*, p. 104, n. 8.) La oposición entre βασιλικόν y πολιτικόν, de una parte, e *imperium* y

lítica moderna. Desde que Maquiavelo opuso a la dominación del príncipe la de la república, la antigua doctrina griega de la tríada, monarquía, aristocracia y democracia, y sus formas degeneradas, aunque no fue suplantada por la oposición entre monarquía y república, llegó a ser suplantada por esta división dual, que es el fundamento de las demás teorías de las formas del Estado. A estas dos formas fundamentales se añaden por otros escritores otras, que ni unidas ni separadas logran ser reconocidas de un modo general. Mediante la subdivisión de los tipos se obtienen tipos independientes, o elementos sociales, que se subrayan para alcanzar, junto a las relaciones formales de voluntad, únicas que se pueden fijar con certeza, otros principios de división que dan lugar a un gran número de formas de Estado.

Montesquieu, por ejemplo, ha considerado el despotismo como una forma particular de Estado, siendo así que sólo se trata de una manera de ejercer el gobierno monárquico. Es una variedad de la monarquía que implica una desaprobación del ejercicio de la soberanía por los súbditos (tiranía), o, si corresponde a la convicción popular sobre la forma normal de gobierno, un juicio, que toma como medida ideal otra manera de ejercer la soberanía, y es, como hemos dicho en otro lugar, un puro tipo escolástico, al cual no corresponde completamente en la realidad de un modo permanente ningún Estado. En los tiempos modernos se ha considerado por algunos como un tipo peculiar de Estado, la teocracia; mas en verdad, la idea teocrática no es otra cosa que una concepción del origen del poder del Estado y de la sanción de sus prescripciones, la cual puede entrar dentro de una variedad de formas de Estado, de la que nacen efectos sociales muy varios, pero no es un principio firme y claro sobre la estructura del Estado y los efectos de su poder. La teocracia es, por tanto, una categoría social no jurídica, que puede ser utilizada para una diferenciación posterior de los dos grandes tipos de Estado, pues en todos los que se distinguen como teocracias, la voluntad, considerada como emanación de la divinidad, es a su vez voluntad de un individuo o de una pluralidad de éstos.

La oposición entre monarquía y república aparece ya en los tiempos más remotos de la vida del Estado. Históricamente se trata de los dos tipos fundamentales y originarios de Estados: la horda, que hubo de preceder al Estado territorial, está organizada bajo los auspicios de un caudillo o corporativamente; esto es, o bien conduce y decide una voluntad superior a las demás, o la de la comunidad de los miembros de la horda iguales en facultad.

res publica, de otra, ha conducido a la expresión república, usada por vez primera por Maquiavelo para indicar exclusivamente los Estados no monárquicos, y posteriormente ha conservado en los demás idiomas este sentido estricto.

La división del Estado en monarquía y república es la división suprema. Pero ambas pueden ser subdivididas, y de este modo se pueden lograr todas las distinciones posibles en la organización del Estado. Así, pues, la existencia, la falta y el modo de la representación popular, la organización y ejercicio del gobierno, las relaciones de éste con los demás órganos del Estado,[5] la centralización o descentralización, la situación de los tribunales en relación con la vida legislativa, el sistema militar, etc., todas estas divisiones son puntos de vista que se cruzan de muy distintos modos, de suerte que cada Estado concreto puede caer dentro de una serie de categorías, sin que todas reunidas sean capaces de determinar con exactitud cuál es su esencia en todas las direcciones. Así, pues, un esquematismo llevado muy lejos no tiene utilidad alguna, y es una escolástica muerta. Tanto más especiales son los tipos, tanto más estrechos son los conceptos con que se les debe describir y mayores las excepciones que admite el tipo, las que conducen a formar otros nuevos o a establecer formas mixtas. Las mismas formas puras son imperfectas y por tanto incapaces de dominar la realidad. No existe, por lo común, en la naturaleza nada análogo a los tipos mixtos. Los tipos mixtos; en los pocos casos en que existen en el mundo orgánico, resultan infecundos, y otro tanto ocurre en la doctrina del Estado. Dada la imperfección de nuestro conocimiento en este orden de cosas, tal vez no pueda evitarse completamente la admisión de tales categorías mixtas, mas es indispensable tener presente que jamás nos dan éstas un conocimiento real, sino que indican tan sólo la pobreza de nuestros conceptos.

Si, pues, en lo que sigue hemos de dividir los géneros principales de las formas del Estado en especies, esto no debe conducirnos a un esquematismo escolástico detallado y vacío, sino que deben ser tan sólo señalados aquellos géneros que han advenido históricamente más ricos en enseñanzas por su oposición con la realidad, o aquellos que ejercen aún hoy un influjo mayor. La necesidad práctica de comprender la realidad, la

[5] Rehm, *Staatslehre*, pp. 180 ss., ofrece como fundamental la distinción entre formas constitucionales y de gobierno, la cual había sido ya indicada por Bodino. Pero este principio de división es tan decisivo o tan poco decisivo como los demás para nuestra determinación de las formas del Estado. El modo como Rehm enlaza la oposición entre formas de gobierno y la de titulares y agentes del poder del Estado depende, y es tan caduco como esta distinción insostenible, distinción que no se puede conciliar con la idea de la representación tal como especialmente se realiza en las modernas repúblicas democráticas, el lenguaje de cuyas cartas constitucionales es aún el nacido de aquellas teorías inexactas del derecho político, con su cortejo de delegaciones del poder a los representantes. En las monarquías como Bélgica y Rumania se llega, según Rehm, al resultado de que por su constitución son repúblicas, con lo cual la doctrina de monarquías y repúblicas resulta de una confusión inextricable a veces si se toma también en consideración la situación internacional del jefe del Estado. La monarquía parlamentaria es designada a menudo políticamente como una especie de república; pero justamente esto nos muestra la importancia de la distinción entre un orden de consideraciones político y jurídico.

cual, por lo demás, jamás se deja aprehender por completo, y no la necesidad de una sistemática lógica sin defectos, que jamás es posible alcanzar en el mundo de los fenómenos, es lo que nos ha de guiar.

2. La monarquía

a) Naturaleza de la monarquía

La monarquía es el Estado dirigido por una voluntad física.[6] La nueva doctrina considera como esencial al monarca el que éste tenga un derecho propio, originario, no derivado a la soberanía. Como ya hemos visto, esta idea no corresponde a la concepción del Estado como una unidad, sino que nace de una concepción dualista que sólo de una manera imperfecta permite abrazar el derecho público. Es de naturaleza de derecho privado en cuanto pone al monarca fuera del Estado y, por tanto, fuera de una relación jurídica con el mismo. Así, pues, sólo puede conciliarse con una concepción teocrática o patrimonial del Estado. Hay Estados en los que una concepción tal del monarca es la que resulta de las relaciones reales y de las ideas existentes, pero estas formaciones históricas no han logrado transmitir su peculiar concepción del derecho monárquico a todos los tipos de monarquía; más bien la gran importancia de la monarquía radica en su capacidad para adaptarse a las circunstancias sociales más distintas. De aquí proviene el ascendiente que habrá de tener aún durante largo tiempo, y habría sido, por el contrario, muy puesta en crisis si hubiera permanecido encadenada a los fenómenos que pertenecen al pasado. Para comprender mejor la naturaleza de la monarquía moderna, se han de considerar, ante todo, los tipos históricos fundamentales en lo que respecta a la relación del monarca con el Estado. Dos tipos esenciales habrán de distinguirse: o el monarca está sobre y fuera del Estado, o dentro del mismo. El primero se divide en dos especies: o el monarca se considera exclusivamente como una autoridad superior, o como propietario del Estado; de aquí resultan las tres concepciones siguientes:

1. El monarca considerado como Dios o como representante de la divinidad. Así se concibe el monarca en todas las monarquías teocráticas o de rasgos teocráticos. Esto es: se le concibe como Dios, como represen-

[6] Un punto de vista distinto puede verse en Bernatzik, *Republik u. Monarchie.* Véanse además mis observaciones acerca de esto en la p. 432 de esta obra. Bruno Schmidt, pp. 117 ss., rechaza la oposición entre monarquía y república, porque mezcla, al considerar la monarquía, puntos de vista políticos. Véanse también las observaciones de Rehm, *Staatslehre,* p. 182, n. 3.

tante de la divinidad, o como consagrado por ella. La divinización del monarca aparece en la historia de muy diversas maneras, y se nos ofrece en los grados más bajos de cultura. Es una condición de la naturaleza humana divinizar lo poderoso, lo sublime, lo fuerte, así como también es muy humano el impulso de conservación de poder en el soberano para cimentar sobre tales bases psicológicas la institución monárquica. La mayor parte de los antiguos Estados de Oriente muestran este tipo de dominación, y de aquí vino a Occidente, donde sólo rasgos débiles pueden encontrarse, aun remontándose a los recuerdos más antiguos de los pueblos clásicos. Esta concepción oriental, que ya se revela en los tiempos de Alejandro Magno, aparece en las ideas dominantes de los círculos oficiales de los romanos desde la época de Diocleciano, después de haber manifestado sus efectos indudables en la época del principado. En la Edad Media, la dignidad imperial fue considerada como institución divina. Las ideas judaicas brindaron la doctrina de la unción, que significa la exaltación del rey por un poder supremo que procedía directamente de Dios. El sacro fue considerado por los franceses como un sacramento de la Iglesia.[7] La concepción del rey como representante de Dios ha sobrevivido hasta los tiempos actuales en la idea moderna de rey por la gracia de Dios. Una modalidad particular del tipo a que nos referimos es la monarquía patriarcal, la cual rodea al soberano de atributos divinos, o al menos le hace objeto de una consagración divina. Tal concepción sólo puede comprenderse completamente en vista de la conciencia religiosa del pueblo en que se encuentra realizada.

Partiendo de los supuestos psicológicos de este tipo, no puede ser nunca considerado el monarca jurídicamente como miembro del Estado, sino que necesariamente ha de estar fuera de él, y no podrá alcanzar jamás, en relación con el monarca, subjetividad jurídica. Tampoco se puede considerar al Estado, partiendo de esta concepción, como comunidad, pues no hay un derecho del individuo frente al monarca. Sin embargo, la segunda forma de organización teocrática implica una moderación del poder monárquico, del propio modo que la moderna realeza de *iure divino* necesita reconocer limitaciones ético-religiosas a su poder, aun cuando declare que no es responsable de la observancia de su autoridad ante ningún poder terrestre.[8]

2. *El monarca como propietario del Estado.* Este tipo ha sido objeto, como el anterior, de un desarrollo mayor o menor. De igual suerte que el

[7] *"L'église en oignant et en habillant le roi, le fait membre de l'Église elle-même. Elle crée pour lui un huitième sacrament: la sacre."* Rambaud, *Histoire de la civilisation française*, 5ª ed., I, 1893, p. 167.

[8] Luis XIV: *"Celui qui à donné des rois aux hommes à voulu qu'on les respectat comme ses lieutenants, se réservant à lui seul d'examiner leur conduite; sa volonté est que quiconque né sujet obéisse sans discernement."* *Oeuvres*, 1806, II, p. 336.

tipo anterior, impide el conocimiento de la naturaleza de comunidad, propia del Estado. En su expresión más acentuada, aparecen los hombres y sus bienes respecto del monarca como objetos sobre los que recae el poder de dominación de éste, y sólo en cuanto la voluntad del soberano lo permite, puede gozar el individuo de una subjetividad jurídica, precaria, por tanto, que nunca puede hacer valer contra el monarca. Este tipo acentuado aparece en Oriente íntimamente unido con el anterior. En Occidente se introduce en la última época del imperio romano: el *princeps* adviene aquí *dominus*, propietario del Estado.[9] El nuevo tipo se muestra en Europa bajo una forma debilitada, pues reconoce al individuo la personalidad; aparece especialmente en la Edad Media germánica. El rey es, en esta época, en todas partes, señor de la tierra; idea que se ha conservado en el derecho público inglés hasta la edad contemporánea. Esta propiedad es tan sólo dominio eminente, en tanto que los individuos y las asociaciones gozan del dominio útil. Con esta idea va unida la del rey como señor feudal supremo. Ambas concepciones jurídicas colaboran muy fuertemente en la formación dualista de la naturaleza del Estado de la Edad Media. Pero el propio Estado absoluto de la época moderna, por alejado que se encuentre del feudalismo, y por mucho que haya tratado de superarlo, no ha querido abandonar la concepción de la Edad Media. Luis XIV, por ejemplo, consideró el Estado como un dominio real, y el poder que al Estado corresponde, como la unión del antiguo poder supremo del rey de Francia con el poder señorial que había sido sustraído a sus tenedores originarios. Él mismo declara que el rey posee un derecho ilimitado de disponer, en interés del Estado, de todos los bienes espirituales y temporales.[10] En Alemania, la concepción de la soberanía territorial como un derecho real muestra al señor de la tierra como propietario de un territorio, y los efectos de esta concepción patrimonial se dejan sentir hasta en la literatura e instituciones de nuestros días.[11]

También en este segundo tipo el monarca aparece como exterior al Estado. Éste es, con respecto a él, objeto, o como en la concepción germánica, un sujeto separado del monarca. Así es, como frecuentemente hemos indicado, que rey y reino aparecen frente a frente sin alcanzar su fusión en una unidad jurídica.

3. El monarca como miembro del Estado y órgano del mismo. En los

[9] Mommsen, *Abriss*, p. 352.

[10] *"Vous devez donc premièrement être persuadé que les rois sont seigneurs absolus, et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens qui sont possédés, aussi bien par les gens d'église que par les séculiers, pour en user en tout temps comme les sages économes, c'est-à-dire suivant le besoin général de leur État." Oeuvres*, II, p. 121. Véase además Wahl, *Polit. Ansichten des offiziellen Frankreich, im 18 Jahr.*, 1903, p. 37.

[11] Véase acerca de esto en la nueva literatura, Schüking, *Der Staat und die Agnaten*, 1902, pp. 9 ss.

Estados formados sobre la base de los dos tipos que acabamos de explicar, no puede ser comprendido el monarca mismo en la naturaleza del Estado. El monarca, cualesquiera que puedan ser en cada caso sus relaciones con el Estado, está separado de él, y el Estado es, por tanto, frente al monarca un objeto o un sujeto. Partiendo del Estado, sólo puede ser comprendido el monarca, si la idea misma de aquél está expresada en las instituciones y reconocida por los hombres; pero éste no es el primero ni el segundo caso. Todas aquellas formaciones, en tanto se basen en concepciones puras, no pueden aportar a la conciencia de los hombres que viven en ellos nada que corresponda a nuestro concepto del Estado. Sólo cuando se concibe a éste como una unidad interior que se apoya en sí misma, es cuando puede acompañar a la concepción del Estado la del monarca como miembro del mismo. Así es como la verdadera monarquía, por oposición a la tiranía, fue considerada, por vez primera, en la antigua teoría del Estado como una comunidad. En la Edad Media esta idea germina en las concepciones políticas de los derechos oficiales del rey —derechos que le corresponden independientemente de su dominio eminente sobre el territorio del Estado— y en la doctrina de la situación del emperador. Por todo ello los legistas y canonistas fueron impulsados a declarar, bajo el influjo de las antiguas concepciones, que el carácter del imperio era el de una asociación de personas. La dirección absolutista de las nuevas doctrinas políticas condujo a la teoría de la representación absorbente del Estado por el monarca. Desde entonces, Estado y monarca forman una unidad, en la que la comunidad popular, identificada según la antigua doctrina con el Estado, es trasladada a la persona del príncipe, el cual se ofrece ya siempre como el representante de ella. Si para Hobbes el Estado es el gran Leviatán, el monarca es el alma de esta gran creación, que sin él sería un cuerpo muerto. Es de advertir que al igual que la doctrina teocrática y patrimonial, la representativa halló su encarnación también en Luis XIV, el cual quiso ser considerado, desde todos los puntos de vista posibles, como ciudadano. Así declara: *"Le roi représente la nation toute entière, et chaque particulier ne représente qu'un individu envers le roi. Pas conséquent, toute puissance, toute autorité résident dans la main du roi, et il ne peut y en avoir d'autres dans le royaume que celles qu'il y établit [...] La nation ne fait pas corps en France; elle réside tout entière dans la personne du roi".*[12]

El segundo intento para establecer una unión entre el gobierno y el monarca partió de la doctrina de la soberanía del pueblo y de la división de poderes, doctrinas ambas que consideran al monarca como un órgano dotado de poder limitado y conciben siempre al pueblo —a pesar de todos

[12] Véase en Rambaud, II, 5ª ed., 1894, p. 2.

los traspasos del poder llevados a cabo por éste—, jurídicamente, como el sujeto primario del poder del Estado. También esta teoría ha sido representada por soberanos y pertenece al mundo de las ideas en que se movían los hombres ilustrados del siglo XVIII. Así Federico *el Grande*, por ejemplo, llamaba al soberano el "primer servidor" del pueblo que estaba bajo su dominio,[13] y el emperador Leopoldo II escribe, como gran duque de Toscana, unas semanas antes de ser llamado a ocupar el trono de Austria: *"Je crois que le souverain, même héréditaire, n'est qu'un délégué et employé du peuple pour lequel il est fait, qu'il lui doit tous ses soins, peines, veillés... Enfin je crois que le souverain ne doit régner que par la loi, et qui ses constituants sont le peuple, qui n'a jamais pu renoncer ni être privé par aucune prescription ou consentement tacite et forcé, à un droit imprescriptible"*.[14]

Después de haber sido superada la teoría del derecho natural sobre el derecho del monarca, gracias al conocimiento claro de la unidad y naturaleza corporativa del Estado, las cuales no se derivan de la existencia preestatista del pueblo, apareció de un modo profundo en la ciencia alemana, fundada por Albrecht, la concepción de que el monarca era un miembro y órgano del Estado que ejerce funciones estatistas, conformándose con la reglamentación de éste y en interés del mismo. Tal teoría fue la que prevaleció, aun cuando muchas contradicciones y oscuridades de la doctrina de los derechos del monarca no hayan desaparecido por completo. Estas oscuridades y contradicciones explícanse porque los tipos de monarca no siempre se ofrecen con toda pureza, de suerte que uno parece anular completamente la dominación de otros; pero más bien rara vez el tipo posterior supera completamente al anterior, sino que lo más frecuente es que éste muestre claros vestigios de aquél, en una época en que se acate otra idea del Estado completamente distinta. La concepción de Luis XIV acerca de la monarquía se nos ha mostrado como una recopilación de todas las doctrinas relativas a la situación del rey. De igual suerte hallamos en nuestros días restos de doctrinas que dominaron en otros tiempos. Hemos mostrado ya cómo subsiste en la fórmula "por la gracia de Dios" un influjo de la antigua concepción teocrática de los derechos del rey. También la coronación y el sacro por manos

[13] *"Il se trouve que le souverain, bien loin d'être le maître absolu des peuples, qui sont sous sa domination, n'en est lui même que le premier domestique." (Antimachiavel*, cap. I.) Si Federico *el Grande* afirma de un modo enérgico el carácter orgánico y personal del Estado y la situación de órgano del monarca (véase Dock, *Souveränetätsbegriff*, pp. 143 ss.; Rehm, *Staatslehre*, pp. 231 ss.), lo que hace es seguir, como lo muestra claramente lo que dice anteriormente y todo el cap. I del *Antimachiavel*, las inspiraciones de la doctrina que entonces dominaba y aparecía incuestionable, a saber: que el pueblo es el creador del Estado. La otra afirmación famosa suya: *"un prince est le premier serviteur de l'État" (Oeuvres*, I, p. 123), descansa esencialmente en la equiparación entre pueblo y Estado.

[14] A. Wolf, *Leopol II und Marie Christine. Ihr Brifwechsel (1781-1792)*, 1867, pp. 84 ss.

eclesiásticas, como aún hoy existe en Inglaterra y Hungría,[15] es un deber político del monarca, que hay que referirlo a aquella concepción.[16] El acto de la coronación indica al propio tiempo el de la investidura; en él se perpetúan aún simbólicamente los derechos señoriales y la concepción patrimonial de la realeza. También en otras cosas quedan todavía con claridad vestigios de la antigua doctrina dualista del Estado. Estas suturas que unen las partes del Estado antes separadas son visibles todavía para una mirada experta. Si bien el Estado es concebido hoy como una unidad, y conforme a esto el monarca puede ser comprendido solamente partiendo del Estado, en las concepciones populares, especialmente en las antiguas monarquías, siempre existe una parte de poder soberano, sobre el Estado o exterior a él, que no puede comprenderse desde el punto de vista del Estado moderno y de su derecho, pues no es posible medir las concepciones jurídicas de una época conforme a la pauta de otra que descansa en supuestos enteramente distintos. Estas supervivencias son a menudo de gran importancia políticamente, pero no pueden cambiar el tipo jurídico de hoy, porque no están fundadas en el orden del Estado. Necesitan ser juzgadas según las concepciones y conceptos jurídicos actuales, esto es, ordenadas según los actuales fundamentos del sistema del derecho; de otra suerte se llega a las mayores contradicciones, o si se quiere ser consecuente, a sacrificar todas las ideas modernas del Estado a un fantasma.[17]

Junto a la idea de la situación de órgano del monarca se afirma también la del derecho propio de éste al poder del Estado; de donde resulta que el contenido de la función misma de aquél sería un derecho individual

[15] Sobre la importancia de la coronación en Hungría, véase V. Viroszil, *Das Staatsrecht des Königsreichs Ungarn,* 1861, I, pp. 299 ss. Una vez coronado el rey es cuando entra en posesión plena de los derechos de la realeza. La coronación del zar de Rusia (el cual se coloca a sí mismo la corona) parece tener exclusivamente una importancia religiosa y simbólica. (Véase Engelmann, *op. cit.*, p. 13.)

[16] La coronación inglesa es considerada, a partir del *Bill of Rights,* como la promesa jurada del pacto constitucional entre el rey y el reino. Procede al reconocimiento, pues el arzobispo de Canterbury pregunta al pueblo si quiere servir al soberano, a lo que éste (representado desde la coronación de la reina Victoria por los escolares de Westminster) contesta con aclamaciones. (Véase Anson, II, pp. 64 ss.)

[17] Así lo muestra la nueva jurisprudencia del tribunal supremo, a propósito de la lucha por el trono de Lippe (véase sobre esto Anschütz, en la obra de G. Meyer, pp. 255 ss., y nuestra nota en la p. 187 de esta obra). Esta jurisprudencia intenta restaurar el Estado patrimonial aprovechando sus restos. Considera las constituciones de los estados particulares alemanes como un tenue velo en relación con los inquebrantables fundamentos del Estado patrimonial. Todos estos intentos se apoyan en la posibilidad de mostrar la existencia de un derecho independiente de todo Estado y superior al derecho que en 1806, en el momento de la disolución del imperio, hubo de nacer. Pero este derecho no es otro que el conocido derecho natural de legitimidad, tal como en la concepción de Haller y en la época de la restauración se muestra entre los círculos oficiales. (Véase también Schücking, *Staat und Agnaten.* p. 11.)

suyo, lo cual, como ya hemos visto, es una idea tomada de la doctrina teocrática o patrimonial del Estado, pues a la postre, considera al monarca como exterior al Estado.[18] Científicamente podrá apoyarse esta doctrina en la idea de la representación absorbente del pueblo por el monarca; pero esto sólo era posible cuando no eran aún conocidos los errores fundamentales de la doctrina del derecho natural, doctrina que servía de punto de partida del carácter corporativo del Estado. A las concepciones jurídicas fundamentales de épocas anteriores, está igualmente enlazada la fórmula del monarca como titular del poder total del Estado.[19]

La teoría según la cual el monarca reúne en sí todos los derechos del poder del Estado no ofrece una base realista frente a la construcción de la monarquía constitucional moderna, sino que hoy es mera ficción sin concordancia con la realidad de los hechos jurídicos. Una parte importante y extensa de la función estatista está sustraída a la voluntad del monarca, ante todo la actividad judicial. El monarca no tiene ya el derecho de juzgar lo que en otro tiempo le competía. El principio de que el monarca es el titular del poder judicial es sólo una expresión para recordar el hecho histórico de que en otra época juzgó en persona.[20] El juez no puede ser considerado en su actividad específica como un mandatario del monarca, sino como representante de éste. Sólo relativamente es libre el monarca de hacer el nombramiento de los jueces, pues la elección ha de recaer entre las personas que llenan las exigencias de la ley para el desempeño de esta función, y en cuanto a la organización judicial es completamente independiente de su voluntad. Al cuidar de proveer a los tribunales de funcionarios, no ejercita un derecho, sino un deber.

[18] Loening, *Die Gerichtsbarkeit über fremde staaten und Souveräne*, 1903, p. 143, considera que el monarca no es órgano del Estado, sino un titular del derecho a dominar, el cual derecho, por tanto, no puede proceder del Estado. También W. Martitz, que ha reconocido perfectamente la naturaleza corporativa del Estado moderno, encuentra *(op. cit.*, p. 28) que el rasgo de un jefe de Estado monárquico es su carácter de dominador *(Herrscher)*, cuya esencia es un derecho sobre la asociación corporativa del Estado. Pero un derecho sobre la asociación no puede ser un derecho de la asociación, y supone, precisamente por esto, un orden jurídico que está sobre aquélla. La situación de dominador del monarca está suficientemente explicada por el hecho de que tiene inmediatamente, como individuo, el poder supremo del Estado, en tanto que en la república jamás corresponde a un solo individuo.

[19] Esta doctrina corresponde de un modo exacto a una situación de Estado absolutista.

[20] Un resto de estos derechos del rey existe aún en Suecia, donde el monarca goza de la facultad de participar en las cuestiones que se ventilan y deciden en el más alto tribunal de justicia; pero, en general, él no participa de esta función sino en tanto que está personalmente presente en el tribunal. Tiene dos votos y puede ser vencido. No usa jamás de este derecho de tomar parte en los juicios y decisiones del tribunal supremo de justicia y se limita a firmar sus sentencias. (Véase Aschehog, p. 105). En las leyes alemanas sobre las casas dinásticas se ha conservado a los monarcas el carácter de jueces, siempre que se trata de decidir sobre acciones dirigidas contra un miembro de la dinastía. (Véase, por ejemplo, § 2° del Estatuto de la dinastía de Baviera del 5 de agosto de 1819 y § 77 de la ley de la casa de Sajonia del 30 de diciembre de 1837.)

En lo que respecta a la administración, todo el procedimiento administrativo se ha de acomodar a las leyes y es independiente de su persona, lo mismo que la existencia de una gran parte de la organización de las autoridades mismas. Los funcionarios no son servidores de su voluntad personal hasta el punto que dependa su existencia del arbitrio del monarca, sino consejeros necesarios, auxiliares y órganos de ejecución, que sin duda están subordinados a él en el servicio, pero a quienes él a su vez está obligado a llamar. La participación de las asociaciones municipales y de otros cuerpos con administración autónoma en el ejercicio del poder público es completamente independiente del monarca. Nunca puede acudirse en estos casos a los conceptos auxiliares de delegación o representación. En cuanto que el monarca nunca y en ninguna circunstancia puede ejercitar hoy, dada la organización constitucional, una parte del poder del Estado, "un derecho del poder del Estado", según se decía en el antiguo lenguaje del derecho político, es una fórmula vacía que nada nos dice, respecto a los hechos reales, el atribuirle la sustancia de esta parte del poder político. Esta fórmula en su aspecto jurídico es un resto de la antigua identificación entre autoridad y Estado, para la que un derecho del Estado monárquico sólo era concebible como un derecho personal del monarca; pero si se parte de la idea implícita en la actual organización del Estado, según la cual la unidad interior, necesaria a éste, sólo puede ser garantizada mediante la colaboración, conforme a la Constitución, de una pluralidad de órganos, se desvanece todo motivo para asignar a aquella fórmula un valor dogmático profundo, salvo, naturalmente, en la monarquía absoluta. Ella expresa más bien el hecho histórico de que en las antiguas monarquías territoriales, todo derecho para ejercer el imperio llegó a ser derecho del monarca. *Tout fuit al commencement in luy el vient de luy.* El verdadero germen de aquella fórmula es esta expresión transcrita de los jueces ingleses de la Edad Media acerca de las relaciones entre el poder del Estado y el del rey. Las consecuencias prácticas jurídicas que se pueden sacar, partiendo del principio monárquico, de las antiguas monarquías, resultan espontáneamente del origen y naturaleza de la ley constitucional en tales Estados, en los que es considerada ésta como autolimitación del poder del soberano.

Para el tipo del Estado moderno que hace de la totalidad del pueblo una unidad, el monarca sólo puede ser comprendido partiendo del Estado y considerándolo como órgano del mismo. De aquí se sigue que el principio monárquico es de naturaleza puramente política,[21] y de ningún modo, una consecuencia necesaria de una concepción exacta de la monar-

[21] Al que se le puede dar hoy aun un contenido jurídico cualquiera. Así declara Aradt: *Können Rechte des Agnaten auf die Thronfolge nur durch Staatsgesetz abgeändert werden?*, 1900, p. 41, que el principio monárquico no significa otra cosa que la determinación pre-

quía. Bajo el monarca y junto a él pueden existir una variedad de órganos en subordinación, más o menos independientes de él, dotados de competencia estatista, sin que por esto se altere el tipo de la monarquía misma.

La nota esencial del monarca es la de representar el poder supremo del Estado, esto es, aquel poder que conserva a éste y le pone en movimiento; visto más de cerca, consiste en una esfera libre, limitada por las leyes, pero no en cuanto a su contenido, y propia para dar una dirección a las acciones del Estado: sancionar las leyes, decidir libremente lo que debe ser derecho, disponer asimismo de libre facultad en lo que respecta a las relaciones internacionales, acordar los tratados sobre la guerra y la paz, gozar del mando supremo del ejército, del nombramiento de los ministros y otros funcionarios y del derecho de gracia, constituyen una competencia, positiva y no ficticia, del monarca. En este orden de cosas, tiene también el monarca un verdadero derecho libre de mandar, que no existe allí donde la obligación está contenida dentro de la ley. Sólo en el sentido de que la organización del Estado es hoy legal, puede considerarse que la ley necesita ser el contenido de la voluntad del monarca, si bien de una manera permanente ha de considerarse como fruto de la voluntad del legislador. Sólo en este sentido, decimos, se puede hoy afirmar que el poder del Estado está contenido potencialmente en el monarca; claro es que este monarca no es el monarca real vivo, sino la institución abstracta.

En tanto que este poder supremo, que pone y conserva en actividad al Estado, descansa en unas solas manos, se trata de una monarquía cuyos poderes persiguen siempre fines estatistas. La monarquía goza de tan grande facultad de adaptación a las más diversas circunstancias sociales, que resultan conciliables con el concepto y naturaleza de la monarquía las mayores distinciones en la medida real del poder político del monarca. La actividad que compete al monarca de poner en movimiento al Estado, puede ir unida lo mismo al poder más amplio de la vida de éste que al menos comprensivo; sólo hay una nota común a todas las monarquías: con el quebrantamiento del poder monárquico, el Estado sería destruido al punto en sus funciones más importantes y caería en la anarquía. Esto puede comprobarse mediante el ejemplo de un pueblo en el que la corona tiene hoy el mínimum de poder real que puede pensarse.

En la Inglaterra actual, el centro de gravedad del poder del Estado descansa en el parlamento. Éste da leyes a las que el rey, desde hace casi dos siglos, jamás ha negado su asentimiento. El gabinete, que es una comisión de la mayoría parlamentaria, formalmente es nombrado por el rey; mas en realidad, quien lo designa es el parlamento, por cuanto el jefe de la mayoría de la cámara de los comunes, o una personalidad análoga a

cisa de una manera de suceder a la corona; de donde se sigue que en Rusia, donde la voluntad del zar puede cambiar la sucesión al trono, no sería una verdadera monarquía.

la de los lores, es la que la corona designa para primer ministro, y los restantes miembros del gabinete son elegidos de entre la mayoría, siendo firmado su nombramiento por la corona. En realidad, el gabinete es quien nombra a todos los funcionarios y ejercita la propia prerrogativa regia, pues la corona, especialmente desde la reina Victoria, no puede oponer una resistencia digna de valor a las proposiciones de aquél.[22] No obstante, la dirección suprema del Estado descansa exclusivamente en manos del rey, pues sólo él puede poner en actividad al parlamento, ya que éste no goza del derecho de reunirse por sí; de suerte que el rey es aún hoy *caput, principium et finis parliamenti.*[23] A pesar de la coacción política, si el rey negase a una ley su asentimiento real, ningún poder del mundo podría obligarlo jurídicamente. Sin el concurso de su voluntad, se paralizaría toda la máquina legislativa.[24] Igualmente nadie puede suplir sus actos de voluntad, actos por los que nombra el gabinete y los funcionarios o realiza otras gestiones importantes de gobierno. La inactividad del rey podría paralizar al punto al Estado, y no existe un medio jurídico para alejar este peligro en tanto que la facultad de gobernar del rey perdure. Toda modificación de una situación análoga sólo puede conseguirse por un procedimiento revolucionario. Se ha censurado muy vivamente en Inglaterra el trabajo escrito que se impone al rey.[25] Sin estas firmas regias no se podría mantener el funcionamiento del Estado inglés.

El derecho de disponer legalmente de la vida entera del poder del Estado corresponde en Inglaterra al parlamento, en el antiguo sentido, esto es, al rey y a las dos cámaras; pero el poder jurídico supremo, aun cuando en realidad esté dividido, corresponde solamente al rey, pues las dos cámaras del parlamento no pueden por sí más que estatuir sobre su organización interior; en cambio, si prescinden de la voluntad del monarca,

[22] Que esta situación es una de las que cambian por depender de la modalidad personal del titular del poder, lo demuestra la gran transformación operada desde que fue elevado al trono Eduardo VII, el cual ha tomado en muchas ocasiones muy importantes para la política interior la iniciativa, y le dio una dirección a la política exterior, sin que su acción personal fuese reprendida por estimarse anticonstitucional. La situación de la corona en la época de la reina Victoria y en la actual de ningún modo puede estimarse idéntica.

[23] Véase especialmente Hearn, *The government of England*, p. 51 (citado en *Gesetz und Verordnung*. p. 18, n. 29), el cual muestra muy bien el carácter jurídico del asentimiento del rey a las leyes. También Burgess, *Political Science*, II, p. 203, afirma, si bien no con igual agudeza que Hearn, la imposibilidad de que el derecho real se pierda por el no uso.

[24] Es completamente antijurídico pensar, como a menudo se hace en las obras sobre el derecho inglés, que la corona pueda perder su derecho de veto *by disuse*. Su derecho a conceder a las leyes su conformidad, lo ha usado siempre. ¿Quién podría suplir el asentimiento real indispensable, según el derecho político inglés, para la perfección de las leyes, en el caso de que el rey no le diese su acuerdo, sin incurrir en usurpación de derecho? Bagehot, *Englische Verfassungszustande*, 1868, p. 88, desconoce la situación política al decir irónicamente de la reina Victoria: "Ella necesitaría firmar su propia sentencia de muerte si ambas cámaras, de común acuerdo, se la presentasen". ¿Quién podría constreñirle a ello?

[25] Bagehot, pp. 91 ss.

no pueden hacer nada en el camino de las modificaciones de la organización del Estado y de los funcionarios. El parlamento solamente puede dictar leyes, pero no darles fuerza de ley. Elige de entre su seno al primer ministro y, mediante éste, a los restantes miembros del gabinete, pero no puede nombrar por sí ni un solo miembro del mismo. Le cabe rehusar las exigencias de la corona y someter sus consejos al *impeachment*, todo lo cual ha dejado de practicarse en el sistema de gobierno parlamentario; pero son esencialmente acciones de resultados negativos, que no aspiran a asegurar la permanencia ininterrumpida de las funciones del Estado. Así pues, el rey lo puede todo con el parlamento; el parlamento sin el rey, nada, y el rey sin el parlamento ejerce, en virtud de su prerrogativa, la función suprema, esto es, aquella por la cual el Estado se mantiene perpetuamente en actividad.

El monarca es, por tanto, en general, el punto de partida de las funciones políticas, las cuales, por esta razón, están con respecto a él en una unión permanente, sin que por ello hayan de estar en relación de dependencia necesariamente. La doctrina de la división de poderes, en la concepción de Montesquieu, ha desconocido este importante hecho jurídico, pues ha querido atribuir al monarca meramente un poder, el ejecutivo, igual a los otros, lo que prácticamente hacía caer al Estado en la inacción o en luchas interiores. La vida en la unidad del Estado sólo puede partir de un centro, y si fuese posible en una unidad viva, como es el Estado, crear varios centros de igual valor, el resultado de tal principio sería una anarquía permanente.

De aquí este principio: si bien es inexacto que todo poder corresponda necesariamente al rey, sí es cierto, respecto de todas las monarquías, incluso de las que han dado en sus constituciones cabida al principio democrático, que todas las funciones del Estado tienen su punto de partida, y, por tanto, su punto de unión, en el monarca. Por el contrario, es conciliable con el principio de la unidad del Estado una división de poderes correspondientes a distintos órganos, y puestos bajo el monarca, los que como tales sólo son miembros de la unidad del Estado. También se puede atribuir el poder a asociaciones no estatistas, con tal que sólo cuiden de las funciones de órganos del Estado o estén en actividad público-jurídica inspeccionadas por éste. Tampoco contradice la esencia de la monarquía el derecho de la iniciativa legislativa de las cámaras,[26] con la condición de que las disposiciones que resulten no tengan, por la mera voluntad de la cámara, fuerza obligatoria.

En las monarquías no precisan, por tanto, todos los demás órganos estar subordinados de un modo necesario al monarca; pero sí necesitan al

[26] Gerber consideraba aún *(op. cit.*, p. 126, n. 2) este punto como dudoso doctrinalmente.

menos depender de él en el sentido de la dirección de su actividad; su funcionamiento ininterrumpido y la prestación de fuerza de ley a sus acuerdos han de depender de su voluntad. Así se muestra en la cámara de los Estados modernos, las cuales, en muchos casos, no pueden principiar su actividad sin el monarca, y en general, en distintas circunstancias, pueden verse interrumpidas en su actividad por la actividad de aquél,[27] no pudiendo, por lo común, ningún acuerdo de ellas obligar inmediatamente a los súbditos.[28] Esto se demuestra con todas las autoridades del Estado, y con los tribunales inclusive, los cuales han de ser dotados de personas competentes para ello, por él o en su nombre, y sólo de este modo están en condiciones de ejercer su función. Por esto las cámaras, y en tanto que establecen la jurisprudencia, los tribunales, no están subordinadas al monarca en el cumplimiento de su servicio; no obstante, están condicionadas por su voluntad en sus funciones. Las mismas asociaciones municipales, y otros cuerpos dotados de autonomía administrativa que ejercen el derecho estatista como un derecho propio, están sometidas a su inspección suprema mediante las autoridades administrativas del Estado; esto es, dependen de éste y, por tanto, del jefe del mismo.

La nota más esencial que hemos fijado, por consiguiente, del tipo de monarquía, consiste en que no puede llevarse a cabo ninguna modificación en la organización del Estado, conforme a la Constitución, de otro modo que con el concurso de la voluntad del monarca. Por distinto que pueda ser el papel de éste, y por muchas que sean las desviaciones concretas de este tipo, tiene su límite el concepto del monarca en la existencia del poder de que hemos hablado. Do quiera que pueda llevarse a cabo la modificación de la Constitución sin contar con la voluntad del jefe del Estado, o contra ella, y cualquiera que sea el nombre que se dé a aquél, no puede llamarse monarquía, pues le ha sido quitada al monarca la atribución suprema de dar una dirección al Estado. Por esto, Francia, atendiendo a la Constitución del 3 de septiembre de 1791, que declaraba el quedar fuera de la sanción del rey las decisiones del *corps legislatif*, no era una monarquía, sino una república con un jefe hereditario. En Noruega, por el contrario, donde al rey sólo compete, cuando se trata de las leyes ordinarias, un veto suspensivo, se exige, en caso de modificación constitucional, la sanción regia;[29]

[27] En la misma Noruega, único Estado en que no corresponde al rey el derecho de disolver la cámara, puede él cerrar las sesiones del *Storthing* después de dos meses de estar reunidas. Si él lo ha convocado a sesión extraordinaria, puede libremente acordar la clausura. Matler, *op. cit.*, p. 237.

[28] Hay excepciones, de que más tarde habremos de ocuparnos; tales son las acusaciones contra los ministros, la elección de una nueva monarquía (Hungría y Bélgica), o la designación de una regencia cuando jurídicamente no hay ninguna expresamente designada.

[29] Sobre la existencia y amplitud del derecho de sanción del rey en los casos de modificación de la Constitución, existe en Noruega gran discusión teórica y práctica. Véase Bernatzik, *Der Verfassungsstreit zwischen Schweden u. Norwuegen*, en *Grünhuts Zeitschrift*,

por esto Noruega cae dentro del tipo monarquía. A los presidentes de la república, a quienes a lo más se atribuye para la legislación ordinaria un veto suspensivo, les es imposible oponer obstáculo alguno en el camino de la legislación constitucional. En Inglaterra misma, incluso si se admite la doctrina política según la cual no es posible la oposición del rey a las decisiones parlamentarias, se necesita de la iniciativa regia para las leyes relativas a la situación del rey o sobre la prerrogativa regia; lo cual es de una importancia decisiva para toda modificación de las instituciones fundamentales británicas, porque éstas están tan íntimamente unidas con la prerrogativa regia, que todo cambio esencial en ellas, esto es, todo cambio de la constitución material de Inglaterra va unido a un acto de voluntad regia.[30] La supresión de la cámara de los lores, por ejemplo, llevaría consigo la eliminación de uno de los derechos de la prerrogativa regia, a saber: el del nombramiento de los pares; por tanto no podría ser objeto de discusión sin previa proposición del rey.

A este tipo, que indica los límites más exteriores de la monarquía, se opone hoy en el mundo de los Estados como caso normal, aquel en el cual no puede llevarse a cabo modificación alguna en el orden jurídico sin contar con la voluntad del monarca. Además, compete a éste una acti-

XXVI, pp. 303 ss. El veto absoluto del monarca ha sido defendido y fundamentado por la Facultad de Derecho de Cristianía *(Om Kongens Sanktionsrecht*, Cristianía, 1881, p. 817, traducido por Jonás bajo el título *Gutachten der jur. Fakultat über das Sanktionsrecht des Könings bei Grundgesetzveränderungen* 1882, p. 81. Véase también Seidler, en *Zeitschrift für Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung*, VIII, pp. 455 ss.). Contra el derecho de sanción se invoca la Constitución francesa de 1791, que sirvió de modelo a las leyes fundamentales de Noruega. Sin embargo, a mi juicio, se deben admitir las afirmaciones de Bernatzik, quien *(op. cit.*, p. 311) atribuye al rey un veto absoluto en todas las decisiones del *Storthing*, que afectan a la realeza, de suerte que la cuestión a discutir queda limitada a las restantes decisiones del *Storthing* que modifican la Constitución. El párrafo final de la Constitución (art. 112), según el cual quedan prohibidas las modificaciones contrarias a los principios mismos de la Constitución, sólo puede ser entendido en el sentido antes dicho, único conciliable con la naturaleza de la monarquía. Si Noruega, después de la separación de Suecia, había de continuar siendo una monarquía, era indispensable resolver esta cuestión mediante una interpretación auténtica favorable a la realeza, tanto más cuanto que la significación práctica del veto suspensivo estaba dirigida contra el rey de la unión. En una Noruega independiente y gobernada según régimen parlamentario, esto es, políticamente, completamente superfluo.

30 Véase May, *Law of Parliament*, 10ª ed., 1893, p. 428. La reina Victoria ha rehusado varias veces su consentimiento a tales leyes, las cuales han tenido que ser retiradas de la orden del día a causa de esto. (Véase May, p. 424.) Por lo demás, el gabinete tiene en sus manos el suprimir toda determinación grave hallada por él en el curso del procedimiento parlamentario, de suerte que apenas si se le puede presentar una ocasión para el ejercicio del veto. Burgess, *Political Science*, II, p. 200, distingue entre derechos constitucionales de la corona que representan un residuo de la primitiva prerrogativa que se ejercitaba de un modo independiente, y derechos de la corona que descansan en un acto del parlamento o de carácter estatutario. Los primeros pueden ser defendidos mediante un veto absoluto: *"until the state through a House of Commons elected upon the issue, shall have commanded the submission of the crown"*, p. 201. Pero esto no es una solución jurídica, sino revolucionaria.

vidad libre en la dirección del Estado, que se refiere tanto al exterior como al interior; de modo que todo acto encaminado a imprimir una dirección al Estado o es hecho por el monarca o en su nombre. Hay muchas concepciones que pueden modificar este tipo sin destruirlo. Así, por ejemplo, en la facultad que tiene el parlamento de acusar a los ministros, y los efectos que esto de suyo produce, como la suspensión de los ministros, se echa de ver una modificación del tipo; pero dada la insignificante importancia práctica de estas disposiciones legales, las que sólo de un modo excepcional se hacen efectivas, resulta que en la situación del monarca no hay ninguna modificación esencial. También pueden ser muchas las condiciones y limitaciones que la Constitución imponga a esta actividad libre del monarca. La competencia de los colegios parlamentarios, la exigencia de la firma del ministro, los derechos de presentación de las corporaciones, etc., han de ser considerarlos así; esto es, representan limitaciones a la función directora del monarca, pero no determinan de ningún modo su contenido.

Finalmente, existe otra desviación importante del tipo fundamental de la monarquía. El caso normal de ésta es aquel en que el órgano supremo es una sola persona física; pero es posible también una monarquía con una variedad de personas monárquicas, con la condición de que el acto de voluntad monárquica no proceda, según la Constitución, de una forma determinada de aplicación del principio de la mayoría, sino más bien que todo acto sea considerado como partiendo de cada uno de los monarcas particulares o de todos ellos como comunidad. En tanto que un acto supremo de la voluntad del Estado, sea la voluntad de una persona individual determinada y no de un colegio, está asegurado el tipo de la monarquía. Por esto Roma, en la época posterior a Diocleciano, era monarquía, aun cuando al mismo tiempo la gobernasen varios Augustos y Césares. De igual modo, tampoco cambia el tipo de la monarquía la existencia de una pluralidad de regentes o de un gobierno común; así, Inglaterra, bajo Guillermo III y María (1689-1694), en que la reina había de suscribir todos los actos del Estado juntamente con el rey, era tan monarquía como lo fue después bajo la autoridad exclusiva de Guillermo (1694-1702).

b) Las formas de la monarquía

De igual suerte que las formas del Estado, así también la monarquía ha sido objeto de infinidad de divisiones. Se han tenido en cuenta muchos elementos históricos y sociales para construir con ellos tipos particulares de monarquía. Contra todos estos intentos surgen las mismas observaciones críticas con que nos hemos tropezado al tratar de las divisiones

generales del Estado. Hay elementos que no son suficientes para individualizar al Estado en su peculiaridad, y no pueden servir, por tanto, para caracterizar una forma particular de Estado.[31] En realidad, aquellos que establecen categorías histórico-sociales de monarquía, más que ofrecernos tipo, lo que nos ofrecen es una serie de descripciones individuales.[32] Sólo puede ser dividida la monarquía, acertadamente, como las formas del Estado en general, atendiendo a diferencias jurídicas.

Únicamente hemos de tener en cuenta en nuestras observaciones, las formaciones más conocidas pertenecientes a un grado elevado de cultura. Hemos dicho que el tipo monárquico de las organizaciones sociales principia con los comienzos de la vida del Estado. En una época de cultura rudimentaria hallamos los jefes de tribus, los caudillos. En estos casos o domina una organización circunstancial, por ejemplo, en casos de guerra, después de los cuales reaparece una forma corporativa de vida tribal o de horda, o el caudillo permanente no tiene una competencia determinada, que es lo que supone una rica evolución jurídica. El poder efectivo de un jefe de esta naturaleza puede ser muy limitado, pero puede también llegar hasta el más amplio despotismo. Medir éste valiéndose de conceptos jurídicos de una civilización avanzada sería enteramente antihistórico; pero es, no obstante, muy provechosa una ojeada a las circunstancias propias de esta situación, porque nos brinda un medio de conocer las variaciones posibles de tipos que permanecen estacionarios en muchos aspectos en un periodo avanzado de cultura.

Desde hace largo tiempo es una nota esencial de la monarquía el que el monarca sea tal durante su vida; por mucho que retrocedamos en los recuerdos de los pueblos culturales, no ha habido ningún rey temporal. Esto es ya un hecho histórico que supone relaciones políticas de bastante progreso. Sin embargo, se pueden mostrar supervivencias que duran largo tiempo, de una realeza temporal. El *dictador* romano es "una institución monárquica dentro de una organización republicana".[33] Las destituciones

[31] En la literatura reciente Rosenberg, *Die Juristische Natur des deutschen Kaisertums, Preuss. Jahrbücher,* 103, 1901, p. 287, basándose en investigaciones bastante detalladas, considera al monarca como el titular del poder del gobierno, pero esta nota no puede sustraerse de los demás factores del Estado; por consiguiente, aun prescindiendo de los antiguos Estados aristocráticos, caerían dentro de este concepto de la monarquía de Francia el de la constitución consular, o las ciudades alemanas de la Hansa, donde el poder supremo que competía al senado sólo podía ser disminuido con el consentimiento de éste. Seidler, *Das juristische Kriterium des Staates,* p. 68, afirma que la esencia de la monarquía consiste en que el monarca es un factor esencial de la constitución del Estado, la cual sin él no podría existir, y en cambio el presidente de la república es un órgano creado en virtud de una constitución preexistente; pero este criterio no se puede aplicar ni a una monarquía electiva ni a una como Bélgica, donde la constitución fue anterior al monarca.

[32] Éste es el caso de Roscher, *Politik,* pp. 250-251, quien dentro del tipo de la monarquía absoluta distingue tres variedades: la monarquía confesional, la cortesana y la absoluta ilustrada.

[33] Mommsen, *Abriss,* p. 163.

de los reyes por el pueblo durante la Edad Media no pueden considerarse como revoluciones, según las ideas jurídicas de aquellos tiempos, sino como hijas del carácter dualista del Estado y de la concepción del rey como una de las partes de contrato. La posibilidad que tiene el monarca de renunciar al trono, la temporalidad del que ocupa legalmente la regencia, muestran aún hoy la posibilidad de que el órgano supremo del Estado ocupe, durante un tiempo limitado, el gobierno. No obstante, sería desacertado partir de la duración de la dignidad monárquica para hacer una división fundamental de la monarquía, porque modernamente, esto es, en los Estados actuales, ha advenido una nota esencial al monarca, el carácter vitalicio de sus funciones.[34]

Tampoco puede ser un principio para la división de la monarquía la nota de la irresponsabilidad, pues en los Estados unitarios que han llegado a un elevado grado en su desarrollo ha de aplicarse necesariamente aquel principio que hubo de formular por vez primera la Iglesia de un modo claro: *summa sedes a nemine iudicetur.* Toda responsabilidad penal o política para los actos de gobierno reclama para el jefe del Estado la cualidad de órgano supremo, porque el juez ejecuta el *imperium* sobre los acusados. Esto vale también para los actos privados del monarca. En estricta lógica, habíamos de llegar a la consecuencia de sustraer los actos de éste, incluso a la responsabilidad civil —lo cual ha hallado en el derecho inglés, al menos formalmente, su realización—, en tanto que por lo común está sometido al derecho civil, salvo para aquellas determinaciones que llevan consigo coacción contra las personas, todo lo cual no contradice la concepción jurídica dominante sobre la situación del monarca. La idea de la responsabilidad de éste,[35] tal como se refleja en las obras alemanas,[36] sólo puede nacer en un Estado dualista en que no exista una idea

[34] Y sin embargo, se conciben aún hoy desviaciones de este principio fundamental. En Sajonia-Coburgo-Gotha, determina la ley fundamental del Estado, del 3 de mayo de 1852, § 9°, que el rey reinante en Inglaterra y el presunto sucesor del trono son excluidos del gobierno de este Estado alemán, de modo que el gobierno pasará a los príncipes que estén inmediatamente después de ellos. Si, pues, en la época de la sucesión al trono, fuera del rey reinante en Inglaterra, o del sucesor al trono de éste, o de ambos al mismo tiempo, no existiese sucesión de la línea especial del príncipe Alberto, en el primero y en el último caso el rey, y en el segundo el sucesor a la corona, entrarían a gobernar el ducado y lo dirigirían mediante un gobernador, hasta tanto que la línea especial del príncipe Alberto ofreciese un príncipe con capacidad para suceder. Si se presentase este caso, existiría en Sajonia-Coburgo-Gotha un ducado temporal. El caso se daría si el rey de Inglaterra, llamado a ocupar el trono de Coburgo, tuviese sólo un hijo y más tarde le naciese un segundo.

[35] El monarca franco no estaba sometido a responsabilidad penal (véase Schröder, p. 113). La idea de semejante responsabilidad se ha formado después de la desaparición del reino de los francos.

[36] Esta es la teoría, no el derecho positivo (véase Von Frisch, *Die Verantwortlichkeit des Monarchen und höchsten Magistrate,* 1904, pp. 110-111., el cual hace notar con acierto que tampoco las determinaciones de la bula de oro, cap. v, § 3°, tienen importancia práctica). Gönner, *Staatsrech,* p. 121, considera lícito el acto de deponer al káiser, pero exige además,

clara de las relaciones entre sus dos partes. Conforme a la concepción contractualista entre rey y reino, pueden los barones ingleses exigir del rey garantías para la protección de la carta magna, el noble húngaro el derecho de la insurrección armada y las clases aragonesas el derecho de rehusar obediencia al rey en caso de que éste atentase contra sus fueros. Pero cuando la idea de la unidad del Estado, en la organización del mismo, se expresa con más claridad, la irresponsabilidad adviene esencial al concepto de la monarquía,[37] y no aparecen los monarcas responsables como un género análogo al anterior, sino como desviación del tipo.[38]

Finalmente, tampoco se puede hacer fundamento de una división de la monarquía, la continuidad o no continuidad de ésta. En las monarquías electivas, durante las luchas por la sucesión al trono, cuando desaparece una dinastía o existe un obstáculo insuperable para encargar del gobierno al sucesor, pueden aparecer autoridades interinas que no necesitan tener por sí mismas carácter monárquico. El carácter de tales poderes interinos hay que considerarlo en cada caso concreto. Las autoridades interinas son, provisionalmente, jefes de Estado, de tipo monárquico, si es una voluntad física la soberana; de tipo republicano, si es la voluntad de un colegio.[39] Si el interregno está reglado por la Constitución, y se trata, por tanto, de una situación jurídica y no de una nueva situación de hecho, entonces las autoridades interinas tienen un derecho a esta situación de hecho, no menos que el monarca mismo; pero estos casos excepcionales no son apropiados para distinguir la monarquía misma y dividirla en variedades.

Dos oposiciones jurídicas importantes existen que pueden servir eficazmente como principio de división de las monarquías: el modo de ocupar el trono y la amplitud de las facultades del monarca. De aquí nacen los tipos de la monarquía electiva y hereditaria, de una parte, y el de la monarquía limitada o ilimitada, de otra.

1. Monarquía electiva y monarquía hereditaria. En la monarquía electiva el trono se ocupa en cada caso por un acto de creación jurídica; en la hereditaria el monarca se toma de una determinada familia, la dinastía, conforme a un orden de sucesión al trono determinado en la Constitución.

después de una capitulación electoral, el consentimiento del Reichstag (art. I, §§ 3° y 4°). Pero como una decisión del imperio sólo puede tomarse mediante el consentimiento del emperador, resultaría que este mismo habría de deponerse.

[37] También puede existir la irresponsabilidad en los jefes de Estados republicanos. A este tipo correspondían los cónsules franceses, según la Constitución del 22 frimario del año 8, título VI, arts. 69 y 70. Igualmente que respecto de los monarcas estaba prohibida toda acción penal contra los cónsules, incluso por sus acciones extraoficiales.

[38] Como la soberanía cesarista de Napoleón III.

[39] Triepel, *Interregnum*, p. 69, llega al resultado, fundándose en su doctrina inaceptable del titular del poder del Estado, de que durante el *interregnum* el Estado no posee ninguna forma determinada, ni de monarquía, ni de aristocracia, ni de democracia, resultado que muestra ya la inexactitud de la construcción que le sirve de fundamento.

La monarquía electiva necesita de un órgano especial de creación, cuya función queda limitada al acto de la elección del monarca. De suerte que su actividad orgánica termina con el acto de la elección y adquiere después, respecto del monarca, una situación subordinada, ya que es aquél el órgano supremo. No hay lugar para la representación del elector mediante el elegido, ni a la delegación de los derechos mediante el acto de la elección. La monarquía electiva pertenece, por consiguiente, a la monarquía, a pesar de los interregnos de carácter no monárquico que puede tener, y no ostenta, como a menudo se ha considerado, un carácter de república. La monarquía electiva tiene la tendencia, al menos, de asignar la supremacía política a los electores; por esto todas las monarquías poderosas han sido o han devenido monarquías hereditarias. El paso de la electiva a la hereditaria lo forma la elección del rey de entre los miembros de una determinada familia, lo que tuvo lugar muy a menudo en la Edad Media. La elección sólo puede hacerse por vida, y toda elección que contradiga esto, contradice el tipo de la monarquía en un momento avanzado de su evolución. En cambio no puede considerarse como un signo de la monarquía el carácter vitalicio de las funciones supremas del gobierno; piénsese, por ejemplo, en el lord protector de la república inglesa,[40] y en el gobernador hereditario de los Países Bajos. Aun en las repúblicas modernas existen miembros vitalicios del colegio director, como son, por ejemplo, los senadores en las ciudades de la Hansa.

La monarquía electiva ha desaparecido de la actual organización de los Estados. Sólo Bulgaria ofrece, según la letra del Tratado de Berlín, una excepción aparente. Sin embargo, puede reaparecer de una manera contingente en casos extraordinarios. La instauración de una dinastía en los Estados modernos tiene hoy lugar, generalmente, mediante la elección: así ha acontecido durante el siglo XIX en Bélgica y en los Estados cristianos de la península de los Balcanes. Cuando es depuesta una dinastía sin que se haya designado una nueva conforme a la legislación, la manera

[40] La república de Inglaterra ha sido una de las formaciones políticas más singulares. Una investigación jurídica y política de ella ha sido en parte hecha por vez primera por Esmein, "Les constitutions du protectorat du Cromwell", *Revue du Droit Public,* XII, 1899, pp. 193 ss. y 404 ss. Sobre las constituciones del protectorado, véase también Rothschild, *op. cit.*, 141 ss. Esta falta se explicaba por los cambios constantes constitucionales de la república, que comenzó como dictadura militar y desapareció antes de que pudiese alcanzar una forma permanente. Una ojeada al conjunto puede verse en Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte,* 1882, pp. 579 ss., según el *Instrument of government,* la situación del *Lord Protektor* es casi la de un rey, pero está muy limitada por el consejo de Estado que representa el parlamento. En lo que respecta a las leyes, puede él, en el plazo de 20 días, prestarle su conformidad o ganar el parlamento y rechazar el *Bill.* En caso contrario adviene ley, en tanto que no vulnere el *Instrument.* El protector se distingue del monarca por su responsabilidad, que se considera evidente. Esto no se encuentra formulado expresamente; pero quien condujo al enjuiciamiento y ejecución del rey era imposible que vindicase para un jefe de Estado que no ostentaba el título de rey, la irresponsabilidad.

normal de hacer llegar a ésta al trono es por la elección, y en tales casos son las cámaras, salvo excepciones que se desvían del tipo corriente, el órgano inmediato permanente para llevar a cabo la elección. La designación de Guillermo III y de María por el parlamento inglés y la de Amadeo de Saboya por las cámaras españolas (1873), han sido elecciones de este tipo. Es un efecto análogo al de la elección, la confirmación por el pueblo de un trono adquirido por la usurpación, como lo ha mostrado la práctica del plebiscito en Francia por los Bonapartes. Estas elecciones y confirmaciones extraordinarias no llaman por lo común a una determinada persona individual, sino a una dinastía, de la cual salen más tarde los titulares de la corona, en virtud de una ley constitucional complementaria que consagra formalmente la situación.

Que en la monarquía hereditaria sólo se puede hablar en un sentido figurado del carácter hereditario de la corona, no necesita ser dicho, dado el punto de vista de la actual organización de los Estados. No hereda el monarca la corona, sino la corona el monarca. Las instituciones permanentes políticas forman, a causa del cambio del trono, un nuevo titular del órgano. La totalidad de los principios referentes a la sucesión del trono es de naturaleza de derecho público, y por eso están sometidos a la legislación constitucional del Estado. Pero esta idea se ha expresado por vez primera de un modo claro en la organización de la monarquía actual; pues mientras dominó la concepción del Estado como patrimonio del príncipe y se eliminó la idea del carácter de funcionario de éste, hubo de identificarse la sucesión al trono con la sucesión de derecho privado. Hasta que no ha prevalecido la idea de la unidad del Estado, fueron divididos éstos como herencia. En la oposición de las clases populares, políticamente poderosas, contra esta división, germinaba la idea de que el Estado no era un objeto susceptible de posesión para una familia, y la acentuación del Estado unitario iba subrayando cada vez más la naturaleza jurídica de derecho público de la sucesión al trono y quitándole su carácter de derecho privado. Pero al derecho privado, al derecho feudal, en donde se hallan los orígenes de la organización de la sucesión, debe el moderno derecho sucesorio su claridad, su formación progresiva y su determinación clara, que excluye hasta donde es posible las luchas para la sucesión al trono, y que, por tanto, satisfacen una necesidad esencial de la organización monárquica.

El tipo de la monarquía hereditaria no se altera en los casos excepcionales en que faltan los sucesores al trono por derecho de nacimiento, y se provee mediante el pacto de sucesión recíproca *(Erbverbrüderungen)*,[41]

[41] Constitución de Baviera, tít. II, § 5°; Constitución de Hesse, art. 5°; de Sajonia, § 7°. La cuestión de hasta qué punto el pacto de sucesión recíproca *(Erbverbrüderungen)* tiene aún hoy importancia jurídica no necesitamos tratarla aquí.

o como ha ocurrido con los Bonapartes o con los sucesores de Bernardote en Suecia, mediante la adopción, y, finalmente, cuando una dinastía nueva es llamada al trono en virtud del nombramiento del último titular de éste, o de una ley constitucional que ha sancionado a aquél. Los primeros casos han sido designados con mucho acierto como casos de agnación artificial.[42] En los últimos, el monarca mismo aparece como órgano de creación, y sustituye un acto físico por uno jurídico.

2. *Monarquía ilimitada y limitada.* Una formación del Estado es, pues, ilimitada o absoluta, si éste sólo posee un órgano inmediato y primario. Un caso aparentemente excepcional creía encontrarse en la monarquía cesarista, sin instituciones constitucionales o asambleas, en la que el monarca se declara como órgano primario representante del pueblo. Pero tal Estado no se diferenciaría de una monarquía absoluta. Monarquía absoluta es, pues, un Estado en que sólo el monarca es órgano inmediato del mismo.

En la monarquía absoluta existe una autolimitación de este órgano por otros mediatos que le están subordinados, a los cuales, en vista de la plenitud de los poderes del soberano, le confía éste de un modo sustantivo el cuidado de determinados problemas del Estado. Esta división de poderes se encuentra con más o menos amplitud en todos los Estados absolutos de los tiempos modernos, en los que existe, por tanto, un derecho público que regula las competencias estatistas, y que se diferencia del orden jurídico de los demás Estados por la falta efectiva de garantías jurídicas. La monarquía absoluta suele ser caracterizada, fundándose en la antigua oposición de monarquía y tiranía, diciendo que el poder del soberano halla en ella su límite en el derecho privado de los individuos. Pero su organización de naturaleza pública es también jurídica, no arbitraria. La organización de los servicios de los Estados modernos ha tomado sus rasgos esenciales de la época de la monarquía absoluta; pero los fundamentos de esta organización forman parte esencial de la constitución material de cada uno de los Estados. En la Edad Media, contábase en Inglaterra y Francia la formación de las autoridades centrales, así como su influjo en la formación de la administración en Alemania y su territorio, en los comienzos de la época moderna, como antecedentes de importancia en la historia constitucional de estos Estados. Muchos de éstos, que antes, desde el punto de vista de derecho político, constituían partes separadas, han logrado la unidad mediante el establecimiento de autoridades supremas unitarias.

Juntamente con las funciones y empleos, fórmase lentamente en las monarquías absolutas un firme derecho al desempeño de los mismos.

[42] Véase H. Schulze, *Lehrbuch des deutschen Staatsrech*, I, p. 240.

En este derecho y en la constitución interna de las funciones, en la instau-ración de procedimientos, en la tradición administrativa que va unida a cada autoridad, existen garantías ciertas contra la arbitrariedad de [illegible] ministración y modificación de las competencias de los funcionarios [illegible] propia independencia de la función judicial respecto de la administra-ción encuéntrase ya en los Estados absolutos de la época moderna. Así pues, la monarquía absoluta tiene también su Constitución, cuyos funda-mentos descansan en la delegación, permaneciendo siempre el monarca lo sustancial y atribuyéndose la competencia a órganos mediatos. Se di-ferencia esta Constitución en que el monarca puede, en toda ocasión, lla-marla de nuevo a sí, en que no existe ningún órgano independiente que tenga poder jurídico para impedir una acción del monarca y para fiscali-zar la actividad de las autoridades, y en que la observancia de las limita-ciones constitucionales depende exclusivamente de la voluntad [illegible] al derecho, del monarca y de sus autoridades.

La experiencia primitiva de que el poder absoluto conduce [illegible] planteó ya en la Antigüedad, como un problema fundamental [illegible] ca práctica, el de la limitación del poder y el de la conservación de su [illegible] cionamiento conforme a ley. Como medio principal para su solución [illegible] ofrecía el Estado antiguo la división de las competencias del Estado, de modo que se creara una variedad de órganos cuyo campo de acción que-dara limitado legalmente, y en el cual obrasen con completa independen-cia de todos los demás. Esta idea fue llevada a cabo de un modo [illegible] ble en el sistema de las magistraturas de la república romana [illegible] se limitaban unas a otras, pero no tenían autoridad para determinarse mutuamente en lo que se refería a sus contenidos. Así, pues, [illegible] dependía de la otra, y *par maiorve potestas,* podía ser anulado el acto de un magistrado igual o mayor, pero no ordenársele.

Sobre otras circunstancias históricas descansa la monarquía limitada de la Edad Media y de la época moderna, la cual se esfuerza por limitar de una manera permanente el poder de los monarcas y asegurar el respeto de los límites establecidos por la Constitución. Ello no procede de una di-visión racional de la competencia en el Estado unitario, sino de la forma-ción dualista del Estado feudal de la Edad Media. Los dos elementos del Estado, rey y pueblo, especialmente aquél, entendido como la totalidad de los que ejercen la soberanía, encuentra ante sí a los miembros del pue-blo, quienes aparecen al comienzo frente a aquél como sujetos [illegible] tivos de derecho cuyas relaciones mutuas descansan en un pacto [illegible] medio del cual se exterioriza de un modo permanente. De aquí [illegible] una limitación del poder monárquico por el reconocimiento de derechos a las clases.

La forma primera de la monarquía limitada es, pues, *la de clases* [illegible]

brazos. Su tipo consiste en que el monarca es limitado en su gobierno por la participación de las clases reunidas en corporaciones, o mediante los mandatarios que las representan, y, además, mediante la posesión y ejercicio de determinados derechos de soberanía por la totalidad de las clases y miembros particulares de ellas. En la monarquía de clases, el derecho del príncipe y el de éstas aparece como igualmente originario y sustantivo, es decir, como un derecho propio, no derivado de la unidad del Estado que abrazase a ambos, si bien mediante una lucha perenne trate una parte de determinar a la otra.

La nota peculiar de las *clases* se encuentra, en su personalidad sustantiva, frente a la autoridad del Estado, personificada en el príncipe, así como en el derecho propio, de todos y cada uno de los miembros provistos de voz viril, o de las asociaciones representadas por mandatarios. Éstas, dentro de la concepción de las clases, no son nunca órganos, sino sujetos sustantivos de derecho. Las clases son, pues, en su forma más característica, corporaciones formadas por sujetos de derechos independientes que no tienen la cualidad de órgano, que representan su derecho y sus intereses, y los cuales pactan o luchan con el príncipe como con otro sujeto de derecho independiente, e intentan hacer responsables a los consejos del príncipe,[43] llegando a tener administración propia, ejército y, más tarde, hasta organización económica propia, e incluso representación exterior mediante embajadas;[44] de aquí que, según nuestro concepto moderno, representen un Estado dentro del Estado. Su derecho se distingue del que pudiéramos denominar Estado perteneciente al príncipe, atendiendo a dos direcciones, de una parte, frente al príncipe, el cual ha de contar con su fidelidad de vasallo en época de guerra, durante la edad de vigor, con sus donaciones voluntarias para completar los dones y regalías con que poder atender a las necesidades del Estado, y para mejorar su economía privada. Conforme a las relaciones concretas del poder, ha de estar sometido a la fiscalización del príncipe, limitado por los derechos de aquél o compartiendo con él la autoridad. Así pues, respecto de sus súbditos tiene derechos de autoridad cuyo ejercicio está sometido a la inspección del príncipe, fiscalización que se ejercita aun en la más alta jurisdicción, pero que muy a menudo carece de importancia práctica.

[43] Nuestra moderna responsabilidad ministerial procede del Estado dualista, y sólo se le puede encontrar en Inglaterra en la Edad Media. Véase la prueba de ello en Schvarcz, *Montesquieu und die Verantwortlichkeit des Räte des Monarchen in England, Aragonien, Siebenbürgen und Schweden (1189-1748)*, 1892. Véase la literatura moderna sobre el *Estado de clase* en el t. I, nota a la p. 407, y además Tezner, *Technik und Geist des standisch-monarchischen Staatsrechts (Schmollers Forschungen)*, XIX, 3, 1901.

[44] En 1790 exigían aún los *estados* o *clases* de Hungría, de Leopoldo II, que los enviados de este país tomasen parte en el tratado de paz con los turcos; A. Wolff-Zwiedinek-Südenhorst, *Österreich unter Maria Theresia, Joseph II und Leopold II*, 1884, p. 352.

Por tanto, en el tipo ya desarrollado del Estado de clase dominan dos poderes, separado uno de otro, o que viven el uno junto al otro y aun, en parte, uno contra otro.

Estas relaciones fundamentales entre corona y Estado afectan diferentes formas. Conforme a la nota peculiar de cada Estado concreto, aparece, ya la corona, ya el cuerpo de los Estados o clases, como el elemento más poderoso, lo cual viene a dar el tono a la vida toda de aquél. La unión de ambos elementos en una unidad sólo parece posible en muchos Estados mediante la suspensión de la independencia de uno de ellos, de modo que el fin de la lucha es la monarquía absoluta o la república de clases. En infinidad de Estados continentales ha habido varias tentativas, en el curso de la evolución del Estado de clases, para transformarlas en órganos. Se les considera a menudo como la nación política, y por consiguiente, como representantes del pueblo en general.[45] A esta consideración ha precedido generalmente, iniciando la corriente, la literatura del derecho político. Las reclamaciones y quejas del Reichstag y el Landtag no valen tanto como quejas de las clases o Estados cuanto como quejas de los países mismos. Esta idea de carácter representativo no puede mostrarse jamás con claridad en el Estado de clases, porque en él desempeñan un gran papel los privilegios y las preeminencias de aquéllas y de los individuos, y además, porque como a una gran parte del pueblo le falta la libertad personal, no se logra alcanzar un concepto unitivo del pueblo. En muchos Estados permanecen las clases en esta forma híbrida hasta el siglo XIX. Así, en Suecia, en Hungría y en algunos territorios alemanes, hasta la época de la confederación germánica. Aún hoy día encuéntranse en Finlandia y en Mecklenburgo restos del antiguo Estado de clases, con su dualismo, el cual lleva consigo el sello de una época que mediante el predominio decisivo de la corona, reduce el cuerpo de las clases a una corporación de derecho público dentro de la forma unitaria del Estado monárquico.

Partiendo del Estado de clases, y en oposición manifiesta con él, ha nacido el Estado moderno, el cual ha superado el dualismo de aquél. En el continente, prescindiendo de los residuos de que hemos hablado, o triunfó el absolutismo o la república de clases, que prepara la atomización del Estado. En Inglaterra ha tenido lugar de otro modo el proceso evolutivo; allí se ha llevado a cabo lentamente la transformación de las clases del reino en órganos del Estado, dando lugar a la monarquía constitucional.

Ésta es un tipo de Estado unitario, a distinción de la monarquía de clases, que es dualista. Junto al rey, y sobre el rey, dotado de la *maior po-*

[45] Así, por ejemplo, en Francia en 1484. Véase Mestre, *op. cit.*, p. 11. Sobre el carácter representativo de las clases en los territorios alemanes, véase Von Below, *Territorium und Stadt*, pp. 244 ss.

testas, está el parlamento o las cámaras como órgano inmediato del Estado. Éstas no son jamás personas jurídicas, no son corporaciones de derecho público, sino órganos del Estado organizados colegialmente y divididos por el sistema bicameral en grupos independientes. Ellas, como el monarca, están en el Estado, y sólo partiendo de éste se les puede explicar. Las funciones de la cámara son legislativas, pues sólo lo acordado por ellas puede adquirir el valor de ley; además, dan su conformidad a los actos más importantes del gobierno y fiscalizan la administración, razón por la cual son los ministros responsables ante las cámaras. En los Estados constitucionales, el monarca está limitado en todos los órdenes de la actividad estatista, y sólo se le concede un breve campo de actividad personal, que no está sometido a responsabilidad alguna. La votación de las leyes y fiscalización del parlamento, el requisito de la firma ministerial para los actos del monarca y la independencia judicial, son las notas esenciales del derecho político de una monarquía constitucional; pero el punto de vista más importante para conocer su peculiaridad lo ofrece el estudio de la relación de sus dos órganos inmediatos.

Circunstancias históricas muy singulares, y, por tanto, que no pueden repetirse, son las que han dado origen a la transformación de las clases del reino inglés en órganos del Estado. Pero tres circunstancias, sobre todo, son las que han influido en este proceso. De una parte el carácter hondamente monárquico del Estado inglés, que determina un enlace íntimo de sus instituciones con el rey, al punto que todo el derecho público aparece como teniendo su principio en el derecho real. Jamás se ha olvidado en Inglaterra el origen estatista y, por tanto, real de las preeminencias de los barones y corporaciones, y el carácter de funcionario de todos los que estaban encargados de ejercer un poder. La idea de la unidad del Estado muéstrase ya en la época de Guillermo *el Conquistador*, el cual, al hacer el reparto de la tierra en grandes propiedades, sólo satisfizo un fin económico, de igual suerte que al obligarlos personalmente a la obediencia respecto del rey; todo lo cual está en oposición con el desmenuzamiento feudal de Francia en el siglo XI. En Inglaterra no ha dejado el Estado feudal huella tan honda como en el continente.[46] En segundo lugar, la guerra de las dos rosas hubo de ser causa de que, mediante el cambio de dinastía y la incertidumbre sobre la persona del rey, se atribuyese a las clases del reino el carácter de titulares indudables del poder del Estado, las que debían, en última decisión, acordar quién había de ser reconocido como rey. Finalmente, el parlamento es la cima de la organización judicial y administrativa del reino, y, por consiguiente, hubo de nacer pronto la con-

[46] Véase sobre esto especialmente Stubbs y Gneist, y en la literatura moderna el bosquejo sugestivo de Boutmy, *Le développement de la Constitution et de la société en Angleterre*, nueva edición, 1898, pp. 13 ss.

vicción de su naturaleza de órgano. No sólo la situación de órgano de la corona, sino la del parlamento, ha sido reconocida por vez primera en Inglaterra, y ha trascendido a la teoría jurídica.

En las relaciones entre rey y parlamento han tenido lugar grandes transformaciones, después de restablecerse la paz interior con el llamamiento al trono de los Tudores. No hay duda alguna de que fue en época de éstos cuando la corona adquirió un poder supremo. Pero esta situación cambia en la lucha de los Estuardos con el parlamento. El hecho de la restauración de los Estuardos descansa ya en el consentimiento de éste. Así es que desde la revolución de 1688, que reconoce como soberano a quien el parlamento había llamado, se muestra el predominio de éste, predominio que se revela de una manera decisiva mediante una nueva modificación en la sucesión de la corona y el carácter de dinastía reinante que se concede a los Welfes, casa extraña al país. Pero este predominio sufre muchas oscilaciones con las nuevas casas soberanas antes de afirmarse.[47]

Así aconteció especialmente desde que fue exaltada al trono la reina Victoria. El principio de la solidaridad política de los miembros del gabinete, según el cual necesita cambiar con el primer ministro todo él, se señala de un modo que no deja lugar a dudas, a partir de la caída del ministerio North (1782), por un voto de censura de la cámara de los comunes. Hasta el primer *Bill* de reforma (1832), los miembros del gabinete procedían principalmente de la cámara alta. La disolución de la cámara de los comunes, como medio del gabinete para apelar a los electores contra la mayoría dominante, fue puesto en práctica por vez primera por el joven Pitt (1784). Además, hasta la época de la reina Victoria, los monarcas de la casa de Hannover, especialmente desde Jorge III, habían intentado que prevaleciese su voluntad contra la del parlamento, lo que a menudo lograron, no tanto a causa de haber desplegado un poder positivo, cuanto por intrigas de camarilla contra los gabinetes que no les eran agradables.[48] Realmente, desde la caída del gabinete Melbourne, se pue-

[47] Explicaciones más detalladas acerca del origen y naturaleza del gobierno parlamentario en Inglaterra no son de este lugar. Me remito a mi trabajo sobre la *Entwiklung des Ministeriums in des constitutionellen Monarchie, Grünhuts Zeitschrift,* x, p. 321; R. Schmidt, II, p. 747, nota, trata de rectificar la opinión corriente, pero a su parecer errónea, de la formación lenta de la monarquía parlamentaria (véase acerca de esto especialmente Gneist, *Englische Verfassungeschichte,* p. 688), y se apoya para ello en instituciones legales que han ayudado a los orígenes del parlamentarismo. Estas leyes conocidísimas están incluidas desde Hallam en todas las buenas historias constitucionales de Inglaterra, y fueron ya tenidas en cuenta por Gneist, *op. cit.,* pp. 634 ss. y 684 ss. De otra parte, no hay duda de que el sistema parlamentario es hoy enteramente del de la época de Guillermo III, y que su historia complicada no es posible aclararla con unas cuantas palabras polémicas. Sería, por tanto, digno de ser señalado a quién y qué quiere corregir propiamente Schmidt.

[48] En general, se desconoce el influjo enorme que ha tenido la corona dentro del sistema parlamentario, en los inmediatos predecesores de la reina Victoria. El conocido historiador

de hablar de un régimen parlamentario en Inglaterra con predominio indudable de la cámara de los comunes.[49]

En la historia de Inglaterra aparecen, pues, sucesivamente las tres monarquías limitadas de la Edad Media y de los tiempos modernos: la de *estados* o clases, la constitucional y la parlamentaria. De ellas, la primera y la segunda son susceptibles de una concepción netamente jurídica, en tanto que la tercera forma una especie política de monarquía que descansa sobre las relaciones concretas de poder de los dos órganos inmediatos de Estado; esto es, se trata de una manera de ejercer el gobierno, pero no es una forma de Estado estrictamente jurídica. Así lo confirma el predominio del parlamento sobre el monarca, predominio que se manifiesta en la necesidad en que se encuentra el monarca de elegir a los ministros en cada ocasión de entre la mayoría parlamentaria; es un compromiso impuesto por las relaciones políticas reales entre corona y parlamento, que no puede jamás expresarse en la letra de la ley, porque entonces quedaría enteramente destruida la forma monárquica del Estado; no sería jurídicamente el rey, sino el parlamento, el soberano en este caso, y al monarca no le correspondería sino ser ejecutor de las decisiones parlamentarias, lo cual contradice las intenciones mismas de la Constitución, que si bien limita el poder del rey, afirma siempre la monarquía. La de régimen parlamentario que en Inglaterra hubo de formarse,[50] ha penetra-

de la Inglaterra moderna, Mac Carthy, principia su obra (*A history of our own times*, nueva edición, I, Londres, 1882, p. 12) con la observación de que con la muerte de Guillermo IV termina la era del régimen personal en Inglaterra, pues que este rey usaba aún el derecho de despedir caprichosamente a sus ministros: *"King William still held to and exercised the right to dismiss his ministers when he pleased, and because he pleased"*.

[49] El gabinete Melbourne presentó su dimisión en 7 de mayo de 1839, porque no estaba seguro de la mayoría de la cámara de los comunes. La reina encargó de formar nuevo gabinete a Roberto Peel, pero como éste pidiera la destitución de las damas de la corte que pertenecían al partido Wigh, y le fuera esto rehusado por la reina, que se consideró lastimada, Peel renunció a la formación del gabinete. Fue de nuevo constituido el gabinete Melbourne, que sufrió en el parlamento repetidos fracasos. A consecuencia de un voto de censura acordado por un voto de mayoría, en 4 de junio de 1841, se disolvió la cámara de los comunes, y como fuese elegida una gran mayoría de oposición cayó de nuevo el gabinete Melbourne en 30 de agosto de 1841, para dar lugar de nuevo al ministerio Peel. Hacía, por tanto, más de dos años que los asuntos habían sido dirigidos sin una mayoría manifiesta. (Véase una exposición detallada en Todd, *Über die parlamentarische Regierung in England*, traducido al alemán por Assmann, I, 1869, pp. 110 ss.; y también Mac Carthy, I, pp. 132 ss.) De aquí data el sistema que hoy domina en Inglaterra, y no está excluido el que, aun cuando las relaciones parlamentarias sigan siendo las mismas, llegue a tomar este sistema otro tipo con otro rey. De todas suertes, hoy aun, cuando los partidos opuestos casi se equilibran, es la corona la que decide. La importancia política de la actual realeza no puede ser considerada tan escasa como comúnmente se cree. Incluso un escritor que estima tan poco el poder real de la corona, como Begehot, reconoce el papel importante que juega en la vida del Estado, y que da al monarca parlamentario una gran ventaja sobre el presidente de una república. (Véase también en este mismo capítulo, § 2*a*, p. 586, y Hatschek, *Englische Staatsrecht*, I, pp. 665 ss.).

[50] Hasta ahora no se ha hecho una investigación estrictamente científica de la naturaleza

do también en una serie de Estados continentales sin haber llegado nunca a ser considerada una institución constitucional,[51] lo que no sólo es de gran importancia para el derecho político, sino para la práctica política. A causa de esto disponen las constituciones de una mayor flexibilidad para adaptarse a las circunstancias, lo cual, en las crisis difíciles de los Estados, especialmente parlamentarios, puede tener un gran valor, dada la realeza de permanecer independiente desde el punto de vista formal jurídico. Ni una sola vez se ha conseguido en la actual república francesa elevar el carácter de institución permanente a la forma de gobierno parlamentaria, a pesar del deseo manifiesto de ello,[52] pues se ha comprendido que esto podría producir, en determinadas circunstancias, la debilitación exterior y hasta la paralización del gobierno.[53]

A imitación de las formas políticas inglesas y americanas, no obstante el carácter republicano de éstas, ha sido aceptado en las monarquías continentales el sistema constitucional —después del impulso que hubo de darle la Revolución francesa—, con excepción de Rusia. En todos estos

jurídica de la actual soberanía del parlamento en Inglaterra. En tanto que la antigua teoría oficial, tal como lo expone Blackstone, ignora totalmente el gabinete como institución extraña a la ley (lo cual sigue aún ocurriendo), es considerado, por lo común, el gobierno parlamentario en su situación actual como una institución jurídica. Dicey ha tomado una actitud media, guiado a ello por Freemann *(The Growth of the English Constitution*, 1872, pp. 109 ss.). Dicey distingue entre *Conventions of the Constitution*, que son las únicas que tienen un carácter jurídico, y las *laws of Constitution*, que son aquellas de que conocen los tribunales. Mas para nuestra ciencia, que trabaja con conceptos mucho más precisos que la inglesa, continúa siempre abierta la cuestión de hasta qué punto se trata de un derecho consuetudinario o de normas meramente políticas. Así, por ejemplo, Dicey incluye (p. 369) el principio de que el parlamento debe ser anualmente convocado, a pesar de todas las garantías (necesidad de la aprobación anual del *mutiny act* y del presupuesto), no entre las reglas jurídicas, sino entre las reglas convencionales, porque no se funda ni en el *Common law* ni en el *Statute law*. Hatschek, *Englische Staatsrech*, I, pp. 542 ss., ha mostrado que una parte de estas pretendidas reglas convencionales son realmente reglas de derecho.

[51] Que el rey, conforme a la Constitución, puede elegir libremente a los ministros, es lo que afirma expresamente con respecto a Bélgica, Vanthier, *op. cit.*, p. 51.

[52] *"Théoriquement, c'est le Président de la République qui forme le ministère; et aucun texte ne lui défend de prendre ses ministres, où il veut et comme il lui plaît, de les choisir lui-même un à un, pour les grouper ensuite comme il le peu."* Lefebvre, *Étude sur les lois constitutionnelles de 1875*, París, 1882, p. 103. De hecho, Mac-Mahon nombró, el 23 de noviembre de 1877, un ministerio Rochebonet, extraordinario, con el que se negó a entrar en relación la cámara de los diputados, a causa de lo cual hubo de ser nombrado, en 13 de diciembre de 1877, el gabinete Dufaure.

[53] El gobierno parlamentario sólo ha sido establecido constitucionalmente en algunas colonias. Es de importancia el hacer notar que los ministros en Australia, *Constitution of Commonwealth of Australia*, art. 64, no pueden ejercer su cargo por más de tres meses si no son miembros del parlamento federal. Pero la corona inglesa puede no prestar su consentimiento a las leyes australianas, y en tales circunstancias no hay responsabilidad del ministerio australiano ante el parlamento federal, sino que sólo existe la del ministerio del imperio ante el parlamento de éste. Por esto, la limitación parlamentaria de la corona mediante los gobiernos coloniales es incompleta, de donde se deduce este hecho importante: que en puntos de gran trascendencia, se extiende la legislación y administración imperial a las colonias en general. (Véase, por ejemplo, Moore, *op. cit.*, p. 142.)

Estados existen dos órganos inmediatos, independientes entre sí en lo que respecta a la esfera de la voluntad de cada uno, no estando, por consiguiente, ninguno sometido al poder coactivo u ordenador del otro. El monarca puede poner en actividad al parlamento o suspender éste; pero dentro de los límites legales, lo que no puede ser determinar el contenido de su actividad. Al parlamento, a su vez, le es dado poner obstáculos mediante sus decisiones a los actos del monarca, y sobre las decisiones de éste puede él mismo influir, ejerciendo sus atribuciones, pero nunca imponer su voluntad jurídicamente al monarca. El dualismo que antiguamente dividía al Estado en dos mitades equivalentes se ha transformado en la monarquía constitucional en un dualismo de los órganos inmediatos.

En las relaciones de estos dos órganos inmediatos, se pueden señalar *a priori* tres posibilidades políticas: predominio del monarca, predominio del parlamento, o equilibrio de ambos. El último caso es el menos verosímil políticamente, porque las relaciones sociales de poder, que son el fundamento de la política, es raro que permitan un completo equilibrio de dos factores constantes del poder político, y si esto ocurre, es siempre de un modo muy contingente. Pero a este caso improbable es al que se refiere precisamente la doctrina de Bolingbroke, Swift y Montesquieu sobre la balanza de los poderes. Las otras dos posibilidades, por el contrario, se realizan en cada Estado concreto según las situaciones históricas y sociales. Aquellos Estados en que el parlamento es el poder más alto y firme frente a la monarquía (tal como en Inglaterra lo muestra la historia de su parlamento, larga, rica y movida), como ocurre en Noruega, Bélgica, Grecia, Italia, España, Portugal, Rumania, en una palabra, en cuantos han nacido mediante revoluciones, o cuyas dinastías no están unidas por lazos seculares con el pueblo, todos ellos, decimos, se ven conducidos naturalmente hacia una monarquía parlamentaria, a causa del predominio político que ofrece el parlamento. De otra parte, en los Estados donde la corona es el poder más antiguo y sólido, cuya situación nunca ha sido hondamente conmovida por revoluciones profundas, nace el parlamento, si bien bajo el impulso de circunstancias históricas, por un acto formal de liberalidad del monarca, que les otorga una carta constitucional. Jurídicamente, estas constituciones aparecen como autolimitaciones del monarca, pues el parlamento no tiene otra competencia que la que le atribuye la Constitución, y en los casos dudosos, la cuestión se resuelve a favor de la competencia e ilimitación del monarca. En este principio de derecho radica la esencia jurídica del principio monárquico. En tales Estados predomina el monarca políticamente, a pesar de su limitación.

Hasta qué punto las relaciones concretas entre corona y parlamento se encuentran condicionadas por las circunstancias históricas de cada caso, se ve muy claro cuando se compara la situación del monarca en los

Estados de Austria y Hungría, vinculados por una unión real. En tanto que en la segunda la antigua Constitución por *clases* iba limitando al rey y se transformaba en constitucional; en Austria, la Constitución fue un acto gracioso del emperador absoluto. Allí se ha desarrollado un gobierno parlamentario; aquí sólo ha existido de un modo pasajero. Mas en lo que respecta a los asuntos comunes, es enteramente imposible un gobierno parlamentario, porque dadas las diferencias de las relaciones de partido en cada uno de los Estados, no pueden tener ambas delegaciones una mayoría con unidad. Estos asuntos comunes, especialmente la representación internacional y las cuestiones de guerra, son aquellos respecto de los cuales el soberano de la monarquía tenía en otro tiempo un poder enteramente ilimitado. También está excluido, a causa de las circunstancias históricas y políticas, el gobierno parlamentario del gobierno alemán, en parte a causa de la situación del canciller del imperio como ministro prusiano, lo cual exigiría el gobierno parlamentario al propio tiempo en Prusia, y esto no es posible, porque las mayorías del Reichstag y del Landtag son completamente distintas; de otra parte, a causa del Bundesrat, el cual desaparecería como factor independiente de gobierno del imperio, pues perdería absolutamente toda importancia junto al emperador y al Reichstag y ante un canciller imperial parlamentario.[54]

Las dos posibilidades se han realizado en las monarquías constitucionales actuales, y han aspirado igualmente a tener una expresión jurídica. La monarquía parlamentaria, como tal, no ha sido jurídicamente estructurada; no obstante, se ha buscado para ella una fórmula jurídica, así como más tarde para la monarquía en que el parlamento está subordinado al príncipe.

Ambas fórmulas han sido halladas en Francia. Bajo el influjo de Rousseau y de la legislación constitucional americana, a partir de 1776, ha sido considerada la soberanía popular como el fundamento evidente de la Constitución. El rey, en consecuencia, recibe del pueblo sólo un poder delegado, y no es sino el mero ejecutor de la voluntad popular expresada en las leyes. En oposición a este principio democrático, que aparece por vez primera en la Constitución francesa de 1791, se encuentran aquellas constituciones que tomaron como modelo la carta de Luis XVIII y proclamaron el principio monárquico atribuyendo todo el *imperium* al monarca, no siendo las cámaras sino participadoras en el ejercicio del mismo. En tanto, pues, que la Constitución inglesa se ha desarrollado en la historia, acompañada, sin duda alguna, pero no influida por teorías abstractas, las constituciones continentales son producto de teorías generales,

[54] Esto ha sido puesto de manifiesto por un crítico americano muy objetivo y conocedor de la situación alemana. Véase Lawrence Lowell, *Government and Parties in Continental Europe*, Boston y Nueva York, 1806, II, pp. 67 ss.

a las que se eleva, con todas sus faltas, a fundamentos del derecho positivo.

El tipo democrático del Estado constitucional en el continente es el parlamentario. La fundamentación de la realeza sobre la soberanía del pueblo, o lo que es lo mismo, sobre la soberanía nacional, como ocurre en la Constitución belga, no tiene ninguna consecuencia jurídica en lo que respecta a la situación del rey en cuanto al pueblo. El principio según el cual el rey sólo tiene los derechos que expresamente le atribuye la Constitución —principio que está, por tanto, en oposición con aquellos Estados en que el poder del rey es el que prevalece— se presume en caso de ir contra la competencia del monarca, pero este principio carece jurídicamente de importancia, porque al rey le son dadas todas las atribuciones que corresponden a su situación dentro de la Constitución, y apenas si es posible que surjan dudas.[55] Pero aun cuando se dudase de un derecho del rey, no se podrá *de jure* atribuir este derecho según la letra de la Constitución al parlamento, porque éste sólo está dotado de un poder delegado. La nación soberana no tiene, pues, como órgano primario del Estado, ni un derecho para dirigir las acciones de éste, ni para confirmarlo; de suerte que no es la nación jurídicamente el órgano supremo del Estado, sino el rey. Pero esta Constitución y otras análogas expresan el hecho histórico de haber nacido por obra de un poder democrático. Las disposiciones que hemos enumerado muestran su origen, y prueban, desde un punto de vista político, las relaciones de poder entre los factores del Estado. La situación de las cámaras como representantes de la nación está en estas constituciones tanto más acentuada cuanto que la teoría de la democracia europea que se perfecciona en Francia está en oposición con el principio americano de la coordinación de los poderes, y trata de conceder al órgano legislativo una situación de predominio sobre el ejecutivo. No es la nación, sino las cámaras, las que en casos dados hacen valer el derecho originario del pueblo contra el rey, que intenta extender el campo de su competencia. Por esto la monarquía parlamentaria es el modelo que se proponen estas constituciones, aun cuando no esté expresamente dicho. Sólo en esta forma puede tener algún sentido práctico-

[55] Los derechos del rey de Bélgica coinciden completamente con los de la corona de un antiguo Estado monárquico; a lo más se puede hallar una debilitación del tipo monárquico en la exigencia de que el monarca, para ejercer el poder regio, ha de prestar juramento de fidelidad a la Constitución (arts. 79 y 80), respecto de lo cual se pueden encontrar también analogías en las antiguas monarquías. (Véase, por ejemplo, la situación del rey, aun no coronado, en Hungría.) Una distinción jurídica esencial sólo puede hallarse en la situación de las cámaras, las cuales (Const., art. 70) sólo pueden reunirse ordinariamente en un día determinado, incluso sin ser convocadas por el monarca. Otros derechos de las cámaras belgas, tales como el derecho a votar el presupuesto, el de la aprobación de los tratados internacionales, por ejemplo, pueden ser encontrados también en los antiguos Estados monárquicos.

político el reconocimiento del principio democrático. El expreso reconocimiento de éste únicamente puede, por lo demás, ser suplido por las relaciones históricas concretas bajo las cuales es dirigida la vida del [illegible] Constitución; así acaece, por ejemplo, en Italia. El estatuto sardo de [illegible] está formado según el modelo de la carta francesa de 1814 y ha advenido hoy la Constitución del reino de Italia; pero en tanto que en Cerdeña predominaba el poder de la realeza, en la Italia formada por la enérgica colaboración de las fuerzas revolucionarias se ha desenvuelto el gobierno parlamentario.

Así, pues, la monarquía parlamentaria descansa en el continente, no obstante haber intentado copiar el modelo inglés, sobre bases enteramente distintas de las de éste. En Inglaterra es producto de una larga evolución histórica; en el continente resultado de teorías abstractas. Por esto [illegible] distingue la monarquía parlamentaria del continente, en la realidad [illegible] una especie derivada de su original británico. Los ingleses, con sus [illegible] dos aptos para la vida de gobierno y el conocimiento de la impor[illegible] de un gobierno fuerte, han atribuido la dirección de la vida del [illegible] no a la corona, sino al gabinete, a pesar del influjo del parlamento [illegible] fiscalización y colaboración de éste en la administración; en tanto que en el continente, trastrocando las relaciones naturales, el parlamento considera a menudo al gabinete como su servidor subordinado y dependiente de sus órdenes circunstanciales.[56] Además, como no puede ser menos, el sistema parlamentario adopta en cada Estado una fisonomía particular. Tratar esto con más detalle es problema que corresponde [illegible] teoría especial del Estado.

La monarquía constitucional presenta, pues, dos tipos, y dos posibilidades se ofrecen asimismo respecto a la situación jurídica de las cámaras: o la voluntad de éstas, conforme a la Constitución, pueden llevar a cabo un acto de soberanía del Estado de un modo independiente, o no. En Inglaterra, la ley es un acto de voluntad de ambas cámaras y del rey. El parlamento ordena: *"be it enacted by the kings most excellent Majesty by and with the advice and consent of the Lords spiritual and temporal and the Commons in this present Parliament assembled and by the authority of the same"*. La ley vale expresamente porque tiene como fundamento la autoridad del parlamento, que de esta suerte toma parte en la sustancia misma del acto de voluntad legislativa. En los Estados continentales en que predomina la realeza, el acto de voluntad legislativa es un acto exclusivo del monarca, a que da su asentimiento el parlamento. Allí ésta [illegible]

[56] Este sistema y sus serias consecuencias han sido estudiados de un modo fundamental en lo que respecta a las monarquías parlamentarias del continente, por D'Eichthal, op. cit., pp. 218 ss. Véase también E. Loening, *Die Reprăsantatiwerfassung in XIX Jahrhundert*, 1899, pp. 26 ss.

independiente; aquí es un órgano dependiente, al menos para la mayoría de los casos. Se distingue principalmente el parlamento del monarca, en general, en que él, por sí solo, no puede realizar un acto de *imperium* que obligue de un modo inmediato a los súbditos. Incluso cuando la orden de hacer la ley parte del parlamento, es indispensable la sanción del monarca para la perfección de esa orden. La ley es un acto de voluntad común del rey y del parlamento. De esta regla nacen, como ya hemos visto, algunas excepciones. Las más importantes se encuentran en Inglaterra, donde el carácter de autoridad, análogo al de los funcionarios, que ostenta el parlamento, se manifiesta en que ejerce una amplia autoridad jurisdiccional sobre sus miembros, y en virtud de sus privilegios, puede llamar a su seno a enjuiciar a personas que le son extrañas.

3. La república

a) La naturaleza de la república

La formación monárquica de las instituciones estatistas tiene una estrecha relación con la guerra, que pugna por concentrar la dirección del Estado en unas solas manos. Por esto la monarquía apareció en el mundo antiguo como la forma normal del Estado, tan pronto como hubo de fijarse el sistema del mismo. Esto no sólo cabe decirlo respecto de los pueblos sedentarios del Oriente, sino de los países donde más tarde se han formado Estados republicanos; en las ciudades-estados de Grecia e Italia, la república no es la forma primitiva del Estado, sino que ha nacido en oposición a una organización monárquica que hubo en el comienzo, cuyos detalles no nos han sido transmitidos de modo que podamos emitir un juicio acabado sobre ella.

Los orígenes de la república en Roma son claros, y su proceso de formación parece ser típico del Estado-ciudad. La república apareció allí en oposición intencional a la monarquía; es más, en la conciencia de sus fundadores era simplemente *no monarquía.* Su contenido originario estaba reducido a la negación del dominio de uno solo, lo que se expresaba con la palabra de que se servían para designarla:

> Para los romanos, *res publica* correspondía exactamente a lo que los ingleses llaman *commonwealth,* y designaba exclusivamente lo que es común. La Constitución modificada no encuentra un nombre político con qué denominarse, y es considerada, desde el punto de vista negativo, como la repulsa de la representación de la comunidad por una sola persona y de por vida, así como la negación del nombre que hasta entonces había usado.[57]

[57] Mommsen, *Abriss,* p. 84.

La concentración del poder en las manos de un solo hombre es para la conciencia del pueblo de tal suerte típica para designar la forma de Estado, que toda otra forma posible de éste la considera como opuesta a la monarquía.

Esta oposición es, aun hoy, de importancia fundamental para conocer la esencia de la república. Hoy mismo se le puede concebir como la no monarquía, como la negación de la dirección del Estado por una persona física. La gran importancia de esta oposición se ve muy clara si se reflexiona en que, en la monarquía, la voluntad suprema corresponde a una persona individual determinada, que está representada, por decirlo así, corporalmente, en tanto que en los Estados no monárquicos, cualesquiera que sean las formas que adopte, no coincide jamás el órgano de poder supremo con la voluntad individual de la persona física que es titular de este órgano, y, por tanto, jamás puede llegar a ser susceptible de expresión visible. Tanto política como jurídicamente, esto es de la mayor importancia. El más alto poder del Estado nunca se forma en las repúblicas exclusivamente por proceso psicológico, sino que es la voluntad de un grupo mayor o menor; pero este grupo tiene una existencia puramente jurídica, lo cual lo diferencia con toda precisión de las personas individuales que lo forman. Su voluntad es distinta de la de los diversos individuos que la integran, y esta voluntad se afirma mediante un proceso jurídico y en virtud de reglas establecidas por la Constitución. Por esto la república es mucho más difícil de comprender para las inteligencias simples que la monarquía, en las que toda la actividad del Estado es sensiblemente perceptible.

La república que se nos presenta de esta suerte como una oposición a la monarquía, debe ser justificada también como una categoría positiva. Desde el punto de vista jurídico formal sólo se pueden señalar, dentro del tipo de república, distinciones cuantitativas, pero no cualitativas. El círculo de las personas que forman la voluntad dominante puede ser mayor o menor, lo que es de gran importancia para el aspecto político y social; pero jurídicamente no se puede crear ninguna categoría opuesta a la república de un modo independiente. Aristocracia, oligarquía, timocracia, democracia y cualquier otra forma de Estado, además de la monarquía, que pueda haber distinguido la antigua o la moderna ciencia del Estado, sólo cabe considerarlas, desde un punto de vista lógico, como variedades del gran *genus* república, y aun en este sentido únicamente valen en tanto se puedan establecer distinciones formales, precisas, entre ellas, y no sólo por las analogías fluctuantes que hemos señalado, ni por identidades que puedan ofrecer los elementos sociales tomados como principios de división. Además, la voluntad suprema y decisiva en la república puede estar formada de muchos más diversos modos de lo que cree el común

sentir. Puede corresponder la soberanía a una persona jurídica que esté fuera del Estado; puede la ley asignar a una de las personas directoras el predominio, y entonces nos acercaremos al tipo de la monarquía; puede poseer el poder supremo una variedad de colegios distintos entre sí, pero que obren de común acuerdo, y también pueden reunirse para formar una república una variedad de monarcas. Por esto el imperio alemán, donde la soberanía corresponde a la unidad de los gobiernos confederados, cae dentro del tipo de la república. La mayor parte de los escritores alemanes que han consagrado algún trabajo al derecho político alemán vacilan, guardan silencio, al tratar la forma de Estado del imperio. Algunos lo consideran como pleonocracia;[58] pero esto no es sino una nueva palabra para designar una cosa antigua, porque república es precisamente soberanía de varios en oposición a soberanía de uno. Que el imperio es una república, lo ha reconocido nada menos que Bismarck.[59] Este ejemplo muestra justamente lo que puede separar, aun en nuestros días, a una república de una monarquía, y cómo políticamente puede existir entre ambas infinidad de transiciones, no quedando como opuestos sino los fines extremos de los tipos.

Las tres posiciones posibles del monarca respecto del Estado, las encontramos reproducidas en las que pueden existir entre el grupo republicano dominante y la comunidad. La dominación de los sacerdotes, y, según la propiedad en el derecho privado, el dominio de una sociedad colonial, representan el tipo teocrático y el patrimonial de la república. En las antiguas repúblicas, así como en las modernas, la idea de la situación de órgano del grupo dominante en el Estado aparece con toda claridad, y si hoy se considera en las repúblicas democráticas al pueblo como el titular del Estado, y se le atribuye a aquél, por consiguiente, una cualidad distinta de su situación de órgano del mismo, esto depende de una oscuridad que debe ser atribuida al derecho natural.[60]

[58] Zörn, I, p. 90; Gareis, p. 38. Es preferible la opinión de G. Meyer, partiendo de la antigua división *tripartita*, considerar al reino como una aristocracia constitucional, *Grundzüge des norddeutschen Bundesrechts*, 1868. Geffcken; *op. cit.*, p. 17, considera el imperio como una oligarquía que concibe, sin dejar ver el fundamento; así como la monarquía, como una variedad de la aristocracia; Zörn, *Deutsche Literaturzeitung*, p. 880, discute contra la doctrina que aquí he mantenido, a pesar de que él no considera al imperio como monarquía, sino, por consiguiente, dado mi sentido, como república. ¡Cuánto terror a una palabra!

[59] Con motivo de la deliberación sobre la Constitución de la confederación de la Alemania del Norte, hacía notar Bismarck, en el discurso de 28 de mayo de 1867, "que los gobiernos de la confederación, en cierto modo, eran una república designada mediante las palabras de 'gobiernos confederados'".

[60] El pueblo, como antes hemos dicho, aparece como unidad jurídica mediante la organización del Estado, y debe ser, por tanto, el titular del poder quien le llame a él mismo a la vida. Esta contradicción se muestra con toda claridad, por ejemplo, en Zörn, I, p. 89, quien considera al pueblo como la persona natural, titular de la soberanía, según el derecho político republicano. Ahora bien: ¿de dónde procede esta personalidad del pueblo?

b) Las diferentes clases de república

Jurídicamente, la división más importante de la república es aquella en que se considera el número y naturaleza de sus órganos inmediatos.

1. Hay repúblicas que sólo tienen un órgano, único, inmediato y primario. Los tipos principales de éstas son las democracias absolutas o inmediatas de Grecia. La regla general es la república con una variedad de órganos inmediatos. Éste es el caso de Roma; primeramente, en la época de la república en el sentido estricto de la palabra, esto es, desde el fin de la realeza hasta la institución del principado, en que magistrados, senado, comicios, eran considerados como órganos que coexistían, y cuya colaboración constituía la voluntad suprema del Estado. Originariamente la supremacía pertenecía jurídicamente a los magistrados y al senado, hasta que se formó más tarde la teoría de la situación soberana de los comicios, teoría que jamás hubo de llevarse hasta sus últimas consecuencias, pues a los comicios les faltó la iniciativa, y sólo podían obrar en vista de un impulso que procediese de los magistrados.

Roma, en la época del principado, tiene igualmente el carácter de república, con una variedad de órganos inmediatos, en la que el príncipe y el senado, en forma de diarquía, ejercen la plenitud del poder del Estado. La persistente afirmación teórica de la soberanía del pueblo es de un valor puramente doctrinario, sin importancia práctica. Las ciudades republicanas de la Edad Media estaban dotadas de una pluralidad de órganos inmediatos, y en la actualidad, las ciudades libres alemanas, en las que senado y la burguesía forman de consuno el κύϱιον, son el ejemplo de un poder supremo que se manifiesta por la colaboración de órganos personalmente separados. Pero también puede la república ser formada por una variedad de órganos inmediatos, conforme al tipo de la monarquía constitucional. Así ha acontecido en Alemania, donde existen tres órganos inmediatos: Bundesrat, emperador y Reichstag. El poder supremo corresponde aquí, en virtud de la evolución histórica del reino, a los gobiernos confederados representados por el Bundesrat, con privilegios para el emperador, que está al frente; en tanto que al Reichstag le corresponde jurídicamente la situación que tiene el Landtag de un Estado miembro alemán. Esta relación jurídica corresponde a relaciones políticas efectivas entre los gobiernos y el Reichstag, pues éste dista mucho de ejercer sobre la dirección de los asuntos del reino el influjo que tiene la representación del pueblo en las monarquías parlamentarias.

La república democrática se ofrece también con una variedad de órganos inmediatos, pero sus relaciones son otras de las que hemos determinado en los casos anteriores, porque en ellas coexisten varios órganos secundarios, o primarios y secundarios, que logran un punto de unión, en el

Estado unitario, en el órgano primario, esto es, en el pueblo. Los Estados democráticos federales tienen una variedad de órganos primarios, los cuales poseen por esta razón un gran número de órganos inmediatos. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, pueblos y estados son los órganos primarios de la Unión, y el congreso, el presidente y los tribunales, los órganos secundarios inmediatos de la misma.

2. Según la naturaleza de los órganos inmediatos, aparecen históricamente las siguientes formas de república:

a) Repúblicas en que el soberano tiene carácter corporativo. Una corporación adquiere la soberanía sobre un país o sobre un Estado ya existente sin despojarse de su carácter de corporación. A este tipo pertenece la soberanía de la orden alemana en Prusia, la de la compañía de las Indias orientales en la India, así como otras sociedades comerciales más modernas, antes de que abandonasen la soberanía (fundación del Estado del Congo por la sociedad del Congo) o de que fuesen sometidas a la protección de la metrópoli. Hasta hace poco tiempo,[61] la compañía de Nueva Guinea ofrecía el ejemplo de un Estado con carácter corporativo sometido a la alta autoridad del imperio alemán. La característica de esta forma nueva de república, que prácticamente se aproxima tanto a la monarquía absoluta, consiste en que dirige el Estado una voluntad cuya función no consiste enteramente en obrar en nombre del Estado, sino que tiene una doble situación: está en el Estado y fuera del Estado.[62] El carácter de Estado como comunidad, no se puede exteriorizar jurídicamente en todas direcciones, sino que más bien aparece (en circunstancias determinadas que en cada caso particular dependen de situaciones concretas) como objeto de una actividad del soberano, que es lo que acontece en los antiguos tipos de monarquía, si bien, como no puede ser por menos, se manifiesta con claridad en muchas instituciones el carácter corporativo de la comunidad.

b) Repúblicas oligocráticas, en las que un corto número de personas, según la Constitución, son las que forman la voluntad soberana. A esta clase de repúblicas pertenece la diarquía (Roma, en la época del principado, o la soberanía colectiva de los gobiernos confederados, como sucede en el Estado alemán). Necesitan ser consideradas como especies particulares, pues políticamente están muy próximas del tipo de la monarquía,

[61] Véase la disposición imperial del 27 de marzo de 1899, *Kolonialblatt,* x, p. 227, y Laband, II, pp. 266 ss.

[62] El carácter corporativo del soberano no ha de ser examinado según el derecho del Estado sometido, sino según el derecho de la comunidad, de la cual procede la corporación. Existe, pues, aquí también el orden jurídico superior, que necesita ser supuesto cuando se trata de una soberanía semejante a la patrimonial. Para los pueblos de cultura occidental, puede considerarse esta forma como un breve estadio de transición.

pero se distinguen esencialmente de ella por la situación concreta que ocupan los órganos soberanos.

c) Soberanía de clases o repúblicas aristocráticas. Una multitud de formaciones de Estados caen dentro de este concepto: soberanía de un grupo profesional, sacerdotes o guerreros; soberanía de una raza victoriosa; de una clase por su estirpe; de los poseedores de la tierra o de otras clases de propietarios, o bien de una mezcla de distintos elementos de éstos, que producen diversos tipos de república. Jurídicamente concebida esta soberanía, consiste en que las personas dominantes salen de una parte del pueblo, y en virtud de ciertos privilegios quedan separados jurídicamente de la comunidad popular, cuyos miembros también disfrutan de otros privilegios. Así, pues, la soberanía de las clases descansa en la situación política privilegiada de una parte del pueblo con respecto al resto.

No hay forma alguna de Estado que dependa tan íntimamente de la estructura social del pueblo como ésta. En tanto que la monarquía ha sobrevivido a las transformaciones más hondas de las relaciones sociales, y es posible hoy la monarquía absoluta en forma de cesarismo, aun con una democratización completa de la sociedad, y en tanto que, de otra parte, la democracia misma puede nacer de la exclusión de una gran parte de los miembros del Estado de la participación en la soberanía, descansa la aristocracia, en todas sus formas, en la existencia de un elemento social que predomina sobre los demás, que es independiente del Estado y que, políticamente, es el elemento victorioso sobre todos los demás. Por esto depende completamente la formación de este tipo de Estados de las relaciones sociales concretas; de modo que es posible señalar muy pocos rasgos comunes para todas las soberanías de clase, y para conseguir una intuición completa de los innumerables ejemplares históricos, sería necesario un análisis detallado de cada una de las formaciones particulares. También es posible hallar en esto una distinción de importancia entre la soberanía de las clases en la monarquía y en la república democrática.

Dentro de este tipo de que nos venimos ocupando se pueden distinguir dos variedades: en una, la clase dominante está totalmente separada de la dominada, de modo que no es posible pasar de ésta a aquélla, en tanto que en la segunda, les es posible, jurídicamente, a los miembros de la clase dominada llegar a formar parte de la clase políticamente dominadora. El primer tipo existe allí donde gozan del privilegio político de la soberanía clases hereditarias enteramente cerradas. Dada la situación, en éstas, de los dominadores respecto de los dominados, se aproxima mucho su carácter al de la monarquía. La segunda, en cambio, tiene más analogía con las democracias, entre las que a menudo se le incluye. Así un régimen censatario en las repúblicas es una institución aristocrática —lo cual

ya fue comprendido por la antigua doctrina del Estado—, de igual suerte que ocurre a toda gradación de los derechos políticos según la medida de las prestaciones que se hacen al Estado, pues toda idea de privilegio es irreconciliable con el principio democrático consecuentemente generalizado. Mas la vida muestra también, aquí como en todas partes, momentos de transición, y en el mundo actual del Estado se ponen de manifiesto cuán imprecisos son los límites que separan la república aristocrática de la democrática, al considerar las tendencias evolutivas de las constituciones que a esto se refieren.

A excepción de los vestigios de que últimamente nos hemos ocupado, ha desaparecido la república aristocrática del mundo político moderno a causa de la dependencia en que se halla con la estructura social de los pueblos; conforme se ha ido transformando la sociedad de clases, ha ido dando lugar al Estado moderno. Si una república concreta hubiere de ofrecer hoy el carácter de una soberanía de clases, sería ésta una dominación de hecho, pero no de naturaleza jurídica; le faltaría el asentimiento de la clase dominante y la conformidad con respecto a las determinaciones jurídicas de la clase dominada. Una situación tal se puede cambiar, por tanto, en toda ocasión, sin necesidad de transformar la organización jurídica. Estas formaciones político-sociales no son, por consiguiente, por grande que pueda ser su importancia momentánea para un pueblo determinado, capaces de formar un tipo jurídico claramente determinado.

d) La república democrática. Descansa sobre el carácter de la comunidad del pueblo como órgano supremo del Estado, esto es, sobre la participación de todos los nacidos (por lo común, meramente los ciudadanos varones) en la soberanía del Estado. En ella la voluntad dominante debe nacer solamente, y de un modo fundamental, de la comunidad de los miembros del pueblo. No obstante, quedan excluidos los incapaces y casi siempre las mujeres. Además, hay otras razones de exclusión que son causa de que, realmente, sólo un número insignificante de los miembros del pueblo sean jurídicamente los que forman la voluntad del Estado. Por otra parte, donde no existe ningún deber a participar en el ejercicio del poder supremo, que es lo general, esta minoría se hace aún más insignificante en la realidad. Si se exceptúa la completa posesión de la dignidad civil, como es lo común, lo que se exige de los participantes en el poder del Estado son cualidades naturales, no jurídicas; de suerte que desaparece todo privilegio por determinadas condiciones sociales. Pero aun entendido de este modo, son posibles múltiples diferencias en la organización del pueblo como órgano supremo del Estado. Elevando o descendiendo en el límite de la edad, puede ensancharse o disminuirse la comunidad del pueblo que domina. La extensión de los derechos políticos a las mujeres es hoy exigida muchas veces y hasta ha sido conse-

guida en algunos sitios.[63] De otra parte existen, como ya hemos visto, democracias con residuos aristocráticos, como, por ejemplo, las instituciones del censo fiscal o del mínimum educativo.[64]

El caso más interesante es el de los Estados Unidos de América, donde el derecho de voto, tanto para la Unión como para los estados particulares, depende de este mínimum de cultura, y las leyes electorales venían quedando en alguno de ellos muy retrasadas con respecto a la extensión que han alcanzado en las democracias europeas.[65]

La idea de la república democrática no se ha llevado tan lejos que haya de conferir derechos políticos a todos los habitantes del Estado, sino que los concede no más que a los miembros de éste. En la Antigüedad, los esclavos estaban completamente excluidos de la vida ciudadana y se hallaban sometidos a un poder independiente del Estado: el poder doméstico. La afirmación usual de que las antiguas democracias eran realmente aristocracias a causa de la falta de derechos políticos de los esclavos es, por tanto, errónea. El Estado, como tal, no domina a los esclavos, porque éstos no estaban sometidos al *imperium,* sino al *dominium.* De igual suerte, los estados esclavistas de la Unión americana tampoco eran aristocracias en sentido jurídico, ni hoy el extranjero es miembro de la comunidad dominante del pueblo en las democracias, salvo muy raras excepciones.

La república democrática es mucho más independiente de la estructura social del pueblo que la aristocrática. Es conciliable, de un lado, con la exclusión del Estado de una gran parte de la población, como sucedía en la Antigüedad, y de otro lado, existe también en aquellos pueblos donde quedan aún restos de las antiguas clases privilegiadas, y donde existen hondas distinciones en cuanto a la situación social de las clases económicas; por consiguiente, allí mismo donde se pudieran dar los elementos para la construcción de una constitución aristocrática; pero jamás podrá desenvolverse la aristocracia en un pueblo donde exista igualdad social.

La república democrática ha revestido históricamente las siguientes formas peculiares:

a) La democracia antigua. Ésta descansa tanto sobre la idea de la identidad de ciudadano y miembro activo del Estado, cuanto sobre la igualdad

[63] Por ejemplo, en los estados americanos de Wyoming y del Colorado. En Bryce, *American Commonwealth,* II, pp. 553 ss. Acerca del derecho de voto de las mujeres en Australia, derecho que no ha nacido de principios republicanos, sólo podemos aquí indicar su existencia.

[64] Aristóteles, *Pol.,* IV, 1298, *a,* pp. 36 ss., pone de manifiesto cuán vecinas son la política y la obligación bien comprendidas.

[65] Véase una exposición detallada de todas estas cuestiones complicadas, pero interesantes, en Fisk, *Stimmrecht und Einzelstaat in den Vereinigten Staaten von Nordamerika.* (Jellinek-Mayer, *Abhandlungen,* I, p. 4.)

completa de los miembros de éste, en lo que toca a la capacidad para la vida pública. Así pues, los únicos medios apropiados para nombrar a los funcionarios públicos en ella, son la suerte o la regulación por la ley. La elección en la que se tienen presentes las cualidades personales del candidato la consideraban ya, por el contrario, como institución aristocrática. Por tanto, aun en la Antigüedad, este tipo correspondiente a la antigua idea democrática sólo muy rara vez se realiza en toda su pureza. Las nuevas democracias no conocen, en cambio, este concepto ideal. La suerte sólo por excepción decide en ellas, y el turno legal tiene una importancia, a lo más, secundaria.

La repudiación de la elección como una institución aristocrática va unida estrechamente, en la Antigüedad, a la falta de una idea de la representación. La antigua democracia es democracia inmediata, absoluta; esto es, la comunidad de los ciudadanos ejerce por sí misma las funciones que le competen. El ejercicio de las funciones políticas, limitadas a un tiempo dado, es, de igual modo que el servicio militar, un deber para con el Estado; por esto lleva consigo responsabilidad jurídica. Sólo la participación en la comunidad de los ciudadanos, comunidad que en todas las cosas supremas decide sin responsabilidad, es el único derecho puro que está limitado por consideraciones éticas. Esta comunidad de los ciudadanos era para los antiguos el Estado, como más tarde el príncipe absoluto hubo de identificarse con él, dada la concepción general que prevaleció sobre la monarquía absoluta. Su forma típica es aquella clase de democracia republicana que hubo de realizarse en Atenas desde la época de Pericles; es la imagen de la monarquía absoluta.

Pero a través de toda oposición entre el Estado antiguo y el moderno, el problema fundamental para la investigación política, así en la ciencia antigua como en la nueva, es el mismo, a saber: buscar las garantías contra el poder absoluto del soberano mediante limitaciones legales que aseguren la observancia de éste. Así, pues, se pueden reconocer fácilmente, a pesar de las semejanzas que existan entre ambas formas del Estado, las diferencias que hay entre la democracia absoluta y la monarquía absoluta. La república necesita, para formar su voluntad jurídica suprema, una organización exterior conforme a la Constitución y una división constitucional de las funciones del Estado; en tanto que en la monarquía absoluta coinciden psicológica y jurídicamente los actos supremos de la voluntad del Estado. Por esto la ilimitación de la democracia es más difícil de encontrar que la de la monarquía, a menos que las acciones revolucionarias rebasen temporalmente toda limitación legal. Esto mismo se puede aplicar también a las repúblicas aristocráticas.

b) La democracia moderna. Una constitución democrática sólo podía conocerla de un modo excepcional la Edad Media a causa de la organiza-

ción de la sociedad por clases. Si se prescinde de las antiguas constituciones germánicas, enteramente rudimentarias, pero que tuvieron un carácter democrático, mientras le faltaron las bases sociales para instituciones aristocráticas y monárquicas, y si se exceptúan las constituciones de algunos grupos de aldeanos libres, advertiremos que lo que se entiende en la Edad Media, entre los pueblos germano-romanos, por democracia, era en realidad una república aristocrática o monarquía. La propia literatura, cuando habla bajo el influjo de las ideas antiguas del *populus*, casi nunca piensa al decir esto en la comunidad del pueblo en general, sino en las clases sociales dominantes. Además, la variedad de situaciones en que se encuentran los que carecen de libertad ejerce necesariamente su influjo sobre la organización del Estado. El no libre, con tal que no sea corporalmente siervo, es miembro del Estado y está sometido no sólo a su señor, sino también al poder judicial supremo del rey, lo cual por sí solo es ya una distinción de gran importancia con respecto al antiguo Estado, que sólo conocía un poder político y un poder doméstico enteramente separados el uno del otro. Hasta en las ciudades organizadas según Constitución republicana, el tipo que se ha desarrollado desde el principio hasta el fin es el tipo aristocrático.

La nueva república democrática está más unida que cualquier otra forma del Estado a los influjos de ciertas fuerzas espirituales. Las ideas democráticas aparecen en muchos ensayos literarios en la Edad Media, en que se intenta dar a la monarquía un fundamento democrático o elogiar la democracia como la forma mejor de Estado; pero nunca hubo de considerarse la soberanía del pueblo como la forma de Estado necesaria y única conforme a derecho, incluso por aquellos que derivaban toda constitución del Estado de la voluntad del pueblo. Esta exigencia aparece en el curso de las teorías políticas que surgieron en las luchas de la Reforma. En otro lugar hemos explicado cómo la teoría de Calvino, que hace de la comunidad la titular del gobierno de la Iglesia, fue transformada en Escocia, Holanda e Inglaterra en una doctrina que exigía y consideraba la organización del mundo como producto de la voluntad de la comunidad, y concluía de aquí que el poder supremo en el Estado corresponde de un modo permanente al pueblo, el cual hubo de formar el Estado por un contrato, y debe ser ejercido por el pueblo. Este movimiento conduce primeramente a la formación republicana del Estado inglés, la cual no pudo mantenerse.[66] La monarquía estaba demasiado hondamente fundada en la evolución histórica de Inglaterra para que pudiera echar profundas raíces la nueva organización de la república en el corazón del pueblo.

[66] Esta república fue, como originariamente lo fue la romana, esencialmente una negación de la monarquía anterior. La Inglaterra de aquel entonces jamás llegó a ser consciente del carácter de su derecho público positivo.

Por el contrario, nacieron en las colonias inglesas de América las instituciones republicanas apoyándose en las circunstancias sociales de los colonos, las cuales eran muy diferentes de las que existían en la metrópoli. De suerte que estas colonias, con su separación de la Gran Bretaña, entran en la comunidad de los Estados civilizados con el carácter de repúblicas soberanas democráticas. En el curso de la lucha de América por su independencia apareció la teoría de que la república democrática es un producto de la naturaleza del hombre, y, por tanto, se decía, es la única forma del Estado conforme a derecho.[67] Esta doctrina produjo en Europa una gran impresión, singularmente en Francia, sobre la cual tuvo mucho influjo la revolución americana en general. El *Contrat social* había hablado ya de la posibilidad de distintas formas de gobierno, dando a todas ellas una base democrática. Pero como la forma republicana del Estado va implícita en las ideas del *Contrat social,* hubieron de considerar los jacobinos como una tiranía la autoridad regia que descansa en la delegación del pueblo,[68] y trataron de hacer desaparecer de la organización del Estado todo recuerdo de ella. La república francesa no aparece como un Estado entre muchos, sino como el formado según el único modelo, como el Estado perfecto, conforme a razón.

La idea de que es la única forma de Estado que corresponde a la naturaleza del hombre, está implícita en todas las repúblicas democráticas que han nacido o se han transformado en tales a partir de aquel entonces. Los partidarios de la monarquía afirman algo análogo, sólo que ni con igual extensión ni con iguales efectos. En tanto que la antigua doctrina del Estado investigaba un Estado ideal, pero utilizando para ello las instituciones históricas, las teorías republicanas afirman, desviándose de toda formación histórica, que la mejor forma del Estado existe ya, y que a lo más, sólo cabe la mejora de las instituciones.[69] Por esto la república democrática es la aspiración de los partidos radicales en todos los Estados.

La democracia moderna vuelve a tomar su punto de partida en el derecho político del moderno derecho natural, o sea, en el principio de que

[67] El prototipo de la declaración de derechos americanos, o sea, el *Bill of Rights* de Virginia, contiene en su artículo segundo este principio: *"That all power is vested in, and consequently derived from the people; that magistrates are their trustes and servants, and at all time amenable to them".*

[68] La Constitución del 24 de junio de 1793 declara en el artículo 120 que el pueblo francés no dará asilo "a los tiranos".

[69] La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano establece en los arts. 25 a 35 un código universal de derecho público republicano: la indivisibilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad de la soberanía, que jamás podía ser ejercitada en su plenitud por una parte del pueblo; el derecho de sufragio universal y de elegibilidad, el carácter temporal de todas las funciones públicas, la responsabilidad de los que las ejercen, el derecho y el deber de resistir a los actos contra ley del gobierno. Hay que señalar especialmente el art. 27: *"que tout individu qui usurperait la souveraineté, soit à l'instant mis à mort par les hommes libres".* Por consiguiente, el tiranicidio es considerado como un deber del ciudadano.

el poder del Estado deriva originariamente de la voluntad soberana, pura, de los hombres que han pasado del estado de naturaleza al estado político. Por esto el derecho político de participar en el poder del Estado es un derecho general que nace de la misma naturaleza humana y que necesita ser atribuido a todo individuo que vive en la asociación estatista, quien por este hecho es elevado a la categoría de ciudadano.[70] Éste es el punto esencial en que se distingue de la antigua democracia, la cual distaba mucho de declarar la libertad inseparable de la naturaleza humana, limitándose a discutir teóricamente acerca de la esclavitud y a atenuar, a causa de esto, la dureza del derecho positivo, pero dejando sin tocar la institución misma. En la historia de las democracias modernas, sin embargo, no se han sacado estas consecuencias inmediatamente ni en todas partes, e indican más bien la dirección de las consecuencias necesarias que en un breve espacio de tiempo habrán de generalizarse a pesar de la oposición de los poderes políticos. El último corolario habrá de ser la completa igualdad de la mujer con el hombre; pero esto sólo excepcionalmente se encuentra reconocido. Que los principios conducen a las consecuencias apuntadas, lo muestran las exigencias de los partidos contemporáneos, los cuales construyen el Estado sobre la concepción del derecho natural del individuo abstracto, y le dan a sus consecuencias un valor universal. De estos principios nace para la democracia moderna la idea de la absoluta igualdad política de los individuos, pero esta idea no se ha desarrollado de un modo consecuente en las instituciones. De una parte, la elección, y de otra, las innumerables cualidades que la ley o la costumbre exige para el ejercicio de las funciones en las repúblicas democráticas, descansan por igual en un principio que contradice la democracia, pues significa cualificar y valorar individualmente.

Las modernas repúblicas democráticas ofrecen muchas formaciones originales, tanto más complicadas cuanto que la mayor parte de los Estados así organizados son Estados federales. En éstos existen dos órganos inmediatos: el pueblo y los Estados particulares que toman parte en la formación de la voluntad del Estado federal. De igual suerte que en la monarquía, tienen también dos órganos independientes uno de otro, que en la democracia están coordinados; pero lo que singulariza la república democrática actual es la peculiaridad del sistema representativo de cada Estado.

[70] Por esto, a los extranjeros mismos que han cumplido con determinadas condiciones, les es concedida una exigencia jurídica para ser incluidos en la asociación política. (Véase el artículo 4º de la Constitución jacobina.) Además, los derechos de sufragio y elección aparecen concebidos, dentro de esta concepción, como derechos estrictamente individuales, a los que no acompaña deber alguno, en tanto que toda situación de órgano de la comunidad debe tener un carácter de deber. *"Les fonctions publiques [...] ne peuvent être considerées comme distinction ne comme des récompenses, mais comme des devoirs."* (Declaración de los derechos de 1793, art. 30.)

Dos divisiones importantes pueden servir para clasificarlas: la primera descansa en la situación constitucional que se atribuye al *demos* soberano. En esta primera forma se pueden distinguir, a su vez, en el mundo de los Estados modernos tres tipos, a saber:

a) i) República democrática con asamblea popular deliberante dotada de facultades decisorias. Una democracia inmediata, en el pleno sentido de la palabra, no existe hoy. Aun en los cantones suizos donde subsiste el *consejo abierto* o asamblea general *(Landsgemeinden),* existen además órganos que ejercen funciones legislativas, representativas, y aun otras. Así, por ejemplo, en Uri, el *Landrat* ejerce "el poder legislativo como representante".[71] En Obwalden y Appenzel (Ródano exterior) es el consejo del cantón; en Glaris es un triple consejo quien tiene la competencia que en la antigua democracia sólo ejercía la asamblea popular; en Nidwalden es el consejo comunal, y en Appenzel (Ródano interior) la competencia antes dicha corresponde al gran consejo.[72] La *Landsgemeinden* no se puede comparar tampoco con el príncipe en la monarquía. No es ella, sino el gobierno, quien ejerce el derecho de gracia, e incluso sus decisiones legislativas tienen un límite en la esfera privada de los individuos. Así, por ejemplo, Nidwalden declara que si alguien se cree lesionado en sus derechos privados por una decisión de la asamblea, puede legalmente acudir al juez,[73] y en Uri existía, hasta hace muy poco tiempo, para tales casos, un procedimiento muy singular encaminado a asegurar el derecho privado de la arbitrariedad del legislador.[74] Además, la idea de que la asamblea popular no es el Estado, sino sólo un órgano del mismo, ha llegado a ser claramente comprendida en estas pequeñas democracias con independencia de toda teoría. "La regla de conducta de la asamblea popular —declara Uri en su Constitución primitiva— no es el arbitrio incondicionado e ilimitado, no es el poder del más fuerte, sino el *derecho y el bien del Estado, que está indisolublemente unido al derecho.* El pueblo se obliga a honrar este principio mediante un juramento que cada año debe prestar la asamblea."[75]

ii) Repúblicas democráticas puramente representativas. La segunda forma de las repúblicas democráticas actuales es la puramente representativa. Todas las funciones del Estado se ejercen en ella mediante representantes; los cuales, sin excepción, son órganos secundarios de un

[71] Constitución de 5 de mayo de 1850, § 47. Como tal ejerce él la iniciativa, dicta en casos perentorios leyes provisionales. Además le corresponde el poder de interpretación de las leyes. (Véase la Constitución actual de 6 de mayo de 1888, artículos 54 ss.)

[72] Por ejemplo, conclusión de tratados internacionales, nombramientos de funcionarios, ejecución de la responsabilidad de las autoridades gubernativas.

[73] Constitución del 2 de abril de 1877, art. 43.

[74] Constitución del 5 de mayo de 1850, § 37.

[75] Constitución del 5 de mayo de 1850, § 36.

solo y mismo órgano primario. Así la unidad del Estado está garantida por la unidad de este órgano primario: el pueblo. Como ya hemos dicho, por medio de este órgano el pueblo se organiza a sí mismo; de suerte que también en este tipo de república el pueblo organizado es el que tiene y ejerce el poder supremo.[76] Sólo así, mediante este conocimiento, se pueden comprender las democracias representativas en general. De otro modo llegaríamos a la consecuencia, que ya hemos hecho notar, de que el pueblo, conforme a una constitución de tal naturaleza, había de ser considerado incapaz de voluntad y de acción; resultado que es completamente inconciliable con los hechos políticos y las concepciones jurídicas que dominan en este tipo de organización.

A causa de la unidad del órgano primario, diferénciase fácil y fundamentalmente la democracia representativa de las monarquías constitucionales, las cuales tienen dos órganos primarios inmediatos, de los que uno es representado por un órgano secundario. Se repiten, no obstante, en la democracia, en lo que respecta a las relaciones entre legislación y gobierno, si bien en otra forma, las mismas divisiones que en las monarquías constitucionales; por esto son posibles allí conflictos análogos, siendo necesarios compromisos para su solución. La unidad del órgano primario hace posible en las democracias una división más acentuada de las funciones públicas que en la monarquía. El principio de la división de poderes y del equilibrio de los mismos puede generalizarse en las democracias representativas con mucha más energía que en las monarquías; porque en éstas el príncipe tiene una actividad propia y general que en todo se advierte, en tanto que allí el *demos* soberano sólo puede obrar mediante la elección. Incluso en las democracias inmediatas de la Antigüedad, hubo de llegarse a una separación completa de la competencia del *demos* y de las autoridades como único medio de garantir las normas del derecho político en la realidad de la vida del Estado.

De todas las constituciones republicanas, la de los Estados Unidos de América, y la de sus miembros, es la que ha llevado a fórmula más extrema la teoría de la separación y el equilibrio de los poderes.[77] Los conflictos que se puedan promover acerca de esto se resuelven a causa de la breve duración de los periodos de cada parlamento y del cargo presidencial.[78] Las relaciones que existen en Francia son enteramente otras.

[76] En algunos estados miembros de Norteamérica, esta idea alcanza su expresión en la fórmula de la publicación de las leyes; por ejemplo, en Nueva York: *"The people of the State of New York, represented in Senate and Assembly, do enact as follows"*.

[77] Véanse en este volumen pp. 453-454.

[78] Es muy peculiar la situación del órgano supremo de gobierno en Suiza. Para nada se tiene en cuenta una estricta generalización de la división de poderes, sino que más bien domina allí, como hace notar muy bien Dubs (*Das öff. Recht des Schweizerischer Eidgenossenschaft*, II, 1878, p. 71), una "confusión orgánica de poderes". La asamblea de la confe-

En la tercera república, bajo el influjo de B. Constant, Thiers y Prévost-Paradol,[79] se ha desarrollado el régimen parlamentario. Al jefe del Estado sólo se le concede la situación de un factor de poder que está sobre los demás, pero al que se le quita toda participación real en la dirección de los asuntos, y, por tanto, tiene el carácter de un elemento neutral. En Francia, las cámaras, frente al presidente, constituyen el órgano supremo, aun políticamente, pues ellas son las que lo eligen y necesitando él hacerse agradable a ellas para ser reelegido. Además, el gobierno, dada la gran competencia de las cámaras y los escasos medios de poder de que dispone frente a los de ellas, siempre está pendiente de una decisión de éstas, pues la aceptación o votación en contra de una orden del día puede derrotar a capricho a un ministerio y prescribir a los que se hallen en el ejercicio de las funciones ministeriales la dirección política. Jurídicamente el presidente depende de las cámaras, porque éstas pueden cambiar, en toda ocasión, la situación de éste dentro de la Constitución. En Norteamérica, por el contrario, el presidente es independiente enteramente del congreso, no sólo porque, según la Constitución, no puede existir el régimen parlamentario, sino además porque el congreso tiene un poder legislativo limitado y es impotente contra la competencia constitucional del presidente. A pesar de esto, como ya hemos dicho, en caso de un conflicto serio y permanente, sería el congreso, dada la extensión de su competencia legislativa, quien adquiriría el carácter de órgano más fuerte.

iii) Repúblicas democráticas representativas con instituciones democráticas inmediatas. La tercera forma de las repúblicas democráticas se basa en la unión de los elementos de las democracias representativas con los de las inmediatas. En realidad, las formaciones de que nos hemos ocupado

deración está, en muchos puntos, subordinada al consejo federal (Bundesrat), al cual elige y fiscaliza. Esto no obstante, es él la "autoridad suprema directora y ejecutiva de la confederación" (Constitución de la confederación, art. 95), y, en muchos aspectos, completamente independiente de la asamblea federal. Sus miembros, que por lo común son reelegidos, pertenecen a menudo a los partidos más opuestos. Esta relación sólo es posible en un Estado pequeño y neutral. No obstante, es completamente equivocado el considerar a los miembros del Bundesrat cual órganos ejecutivos dependientes de la asamblea federal, como lo hace Rehm *(Staatslehre,* p. 281, n. 1). Ya la circunstancia importante de que se atribuya al Bundesrat el derecho de iniciativa legal, habla en contra de tal afirmación. La expresión *Beamte* —funcionarios— que usa la Constitución para los miembros del Bundesrat no prueba nada, porque el art. 117 de la Constitución, que declara responsables a los funcionarios de la confederación, también es aplicable a los miembros del consejo legislativo. En Suiza llámanse *Beamte* las autoridades de las cámaras y sus miembros. (Véase *Bundesgesetz über Verantwortlichkeit der eidgenössischen Behörden und Beamten,* de 9 de diciembre de 1850; Wolf, *Die Schweizerische Bundesgesetzgebung,* I, 1890, pp. 29-30: *Bundesgesetz über das Bundesstrafretch de 4 Hornung 1853,* art. 53, Wolf. I, p. 376.)

[79] Las observaciones de Prévost-Paradol han tenido, especialmente, un gran influjo en la actual organización de la presidencia en Francia. Véase la obra de este autor *La France nouvelle* (apareció por vez primera en 1868), 13ª ed., 1884, capítulos 5 y 6.

en el apartado *a* pertenecen a este grupo; pero, a causa de la manera peculiar de ponerse en actividad la asamblea popular, la cual no sólo elige y acuerda por su propio acuerdo, sino que se reúne y delibera, han sido objeto de una consideración especial.

También este tipo tercero ofrece muchas diferencias en sus formaciones concretas. La nota común a todas las constituciones de los Estados que a este tipo pertenecen es que la asamblea popular, como tal, no se reúne jamás de un modo visible, sino que sólo se hace activa mediante la votación. Puede, pues, ser limitada la actividad de la asamblea popular a casos extraordinarios, especialmente cuando se trata de decidir en definitiva sobre una nueva Constitución o sobre las modificaciones de ésta, como sucedía antes muy a menudo en Francia.[80] También puede asignarse al pueblo, en casos excepcionales, un papel meramente consultivo.[81] En los Estados en que hoy existe el voto popular,[82] es obligatorio este voto cuando se trata de modificar la Constitución; así, por ejemplo, en la confederación suiza y en sus cantones,[83] y además en casi todos los estados de los Estados Unidos (referéndum constitucional).[84]

El pueblo puede además tomar parte en la legislación ordinaria, pero también existen en este caso diversas modalidades de organización. Puede una ley, ya acordada, ser sometida a la aprobación del pueblo, a petición de un número determinado de ciudadanos, como acontece en Suiza y en una gran parte de sus cantones con el llamado referéndum faculta-

[80] La idea del voto del pueblo sobre la Constitución y las leyes aparece en Francia, por vez primera, en 1793, bajo el influjo de las teorías de Rousseau. El proyecto de la Constitución girondina contiene (títulos VIII y IX, Duguit-Monnier, pp. 55 ss.) disposiciones muy detalladas sobre la iniciativa popular y el referéndum, tanto para las leyes como para las constituciones. La jacobina introduce el referéndum facultativo para las leyes (arts. 59 y 60), la iniciativa popular para la revisión de la Constitución (art. 115) y el consentimiento de la Constitución por el pueblo, aun cuando esto último no esté expresamente dicho en el texto de la Constitución. El 9 de agosto de 1793 tuvo lugar el primer plebiscito constitucional, y los siguientes, hasta el último napoleónico de 1870, se han referido a cuestiones constitucionales. (Véase Borgeaud, *Établissement et revision des Const.*, pp. 248 ss.)

[81] En la Carolina del Sur, según la Constitución de 1868, art. 15, sección primera, las adiciones a la Constitución se deciden primero por la legislatura; después se les presenta al pueblo y vuelven de nuevo a la legislatura, la cual decide sobre su aceptación o denegación. Oberholtzer, *op. cit.*, p. 42; *Über das konsultative Referendum de lege ferenda:* Esmein, *Droit const.*, pp. 275 ss.

[82] Son una excepción los estados Delaware y Carolina del Sur.

[83] En éstos existen muchas diferencias. Así la mayor parte de los cantones exigen para la revisión de la Constitución un voto previo, y después de haberlo consentido el pueblo, las autoridades legislativas lo votan definitivamente. (Véase Dunant, *Die directen Volksgesetzgebung in des Schweiz und ihren Kantonen. Heidelberg Dissertation,* 1894, pp. 42 ss.)

[84] Véase este mismo volumen, pp. 468-469. No es preciso el consentimiento del pueblo para modificar la Constitución en Delaware. Para una revisión total deciden los electores, acordando previamente si ha de haber o no una convención popular. Así, pues, la cuestión de si ha de haber una revisión total mediante una convención, se somete al pueblo. (Véase Oberholtzer, *op. cit.*, pp. 39 ss.)

tivo,[85] o es necesaria para determinados actos legislativos la sanción del pueblo, como acontece en muchas constituciones de los Estados miembros en Norteamérica,[86] o, finalmente, puede ser necesario someter al pueblo todas las leyes votadas por los representantes, como sucede en una parte de los cantones suizos (sistema del referéndum obligatorio). Además, la participación del pueblo en la legislación puede hacerse mayor aún si atribuye la Constitución a aquél el derecho de iniciativa, conforme al cual los representantes han de deliberar sobre lo propuesto y someter al pueblo, bien esto mismo con las decisiones que hayan tomado, o bien sólo sus acuerdos. También en este punto hay que distinguir dos variedades: la iniciativa para modificar la Constitución y la iniciativa para las leyes simples. Ambas se han divulgado en Suiza. La confederación[87] sólo conoce la iniciativa constitucional; los cantones ésta, y en parte también la segunda.[88] En todas estas formas, referéndum constitucional, facultativo, obligatorio, iniciativa del pueblo, éste se aproxima en su situación, con respecto a la labor legislativa, al papel que desempeña el monarca en las monarquías constitucionales. Allí donde existen la iniciativa y el referéndum obligatorio, coinciden completamente en lo que respecta a la competencia legislativa. Sin embargo, diferénciase también este tipo de la monarquía, aun prescindiendo del carácter colegial del órgano primario, en esto: en que jamás existen dos órganos, el deliberativo y el que decide, separados uno de otro, sino que más bien es aquí el órgano primario el que da el impulso para poner en actividad al órgano secundario creado por él, y el que decide definitivamente sobre la conformidad o derecho de las decisiones tomadas por el último. A pesar de la

[85] En la confederación, la petición de 30 000 ciudadanos suizos basta para que sea necesario someterla al consentimiento del pueblo. (Const. federal, art. 89). En los cantones, el número necesario para acordar esta misma medida redúcese hasta 500 (Zug). También pueden acordar libremente las legislaturas el someter sus decisiones al voto popular.

[86] Especialmente para los casos de empréstitos de Estado y para contraer deudas. (Véase acerca de este y de otros casos Oberholtzer, *op. cit.*, pp. 54 ss.)

[87] La iniciativa constitucional fue establecida por la Constitución federal de 12 de septiembre de 1848 (art. 113), según la cual 50 000 ciudadanos suizos tenían el derecho de exigir la revisión de la Constitución, y el pueblo era quien decidía sobre esta proposición. La Constitución revisada el 5 de julio de 1891 (arts. 118 a 123) distingue entre revisión total y parcial. Para el primero se han de aplicar las disposiciones que hasta entonces estuvieron en vigor; para el último puede ser sometido un proyecto elaborado a los consejos federales, el cual, con las proposiciones que se hubiesen presentado, se habrá de someter a la aprobación del pueblo y los cantones. Para más detalles véase M. Veith, *Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt nach schweizerischem Bundesrecht. Strassburger Dissert*, 1902, pp. 103 ss.

[88] Acerca de esto existe en algunos una gran variedad: iniciativa individual o iniciativa colectiva; facultad de hacer que se elabore un proyecto de ley por la legislatura, o de presentar un proyecto ya elaborado, acompañado o no del voto favorable y de las observaciones del cuerpo legislativo, etc. Una investigación detallada de estas relaciones, jurídica y políticamente muy interesantes, no cae dentro de los límites de una teoría general del Estado.

complicación de las relaciones en tales repúblicas, siempre es un mismo pueblo el que está representado en distintos órganos de modos diferentes y el que toma y ejecuta todas las decisiones.

Otra subdivisión de las repúblicas democráticas actuales combínase con las precedentes, y ha sido ya en parte explicada. Es la distinción entre repúblicas con un solo órgano legislativo, si bien organizado en distintas cámaras, o con una forma dual legislativa, de suerte que varios órganos independientes entre sí cumplan aquella función. Acabamos de explicar el caso en que el pueblo mismo, como órgano primario, sanciona los acuerdos de las cámaras; pero también pueden tener esta facultad los órganos secundarios, y éste es el caso en los Estados Unidos de América, donde una enmienda a la Constitución, acordada por los dos tercios de las cámaras, ha menester del consentimiento de las tres cuartas partes de los Estados para tener validez. Aquí, como en Suiza, los Estados miembros tienen el carácter de órganos legislativos, fenómeno que en la teoría del Estado federal habrá de ser más ampliamente tratado.

b) La segunda división fundamental de las repúblicas democráticas actuales resulta del modo de estar establecidos y organizados los órganos, y ante todo de la manera de haber sido instituidos. Esto es, según que el pueblo elija el órgano supremo del Estado de un modo inmediato o mediante sus representantes.[89] Tipo de un Estado con elección popular del jefe del mismo son los Estados Unidos y los cantones de Suiza; el segundo tipo fue realizado por vez primera en Francia en la Constitución del directorio, y hoy se encuentra aquí, así como en la confederación suiza.[90] Esta diferencia es de más importancia desde el punto de vista político que desde el jurídico, pues el presidente escogido por el pueblo mismo tiene una autoridad mucho mayor frente a las cámaras[91] que la que tiene el

[89] Una variedad del primer tipo es la confirmación plebiscitaria de un jefe de Estado que ya estaba en funciones, como varias veces ha sucedido con los Bonapartes; y una variedad del segundo tipo es la elección proyectada en la Constitución jacobina de un *Conseil exécutif,* en vista de una proposición de los electores.

[90] Completamente separado de ambos tipos está el que presenta la elección de miembros del senado en las ciudades de la Hansa, la cual se lleva a cabo en cada una de ellas mediante un procedimiento especial muy complicado en que toman parte el senado y la burguesía. Los senados son órganos primarios del Estado (véase Seelig, *Hamburg. Staatsr.,* 1902, p. 50); en ninguna parte se dice que ellos representan al pueblo, y contradice además esto toda la evolución histórica. Brema (Const., § 3º) llama al senado y a la burguesía al ejercicio del poder del Estado; Hamburgo (art. 6º) y Lubeck (art. 4º) atribuyen a ambos órganos comunalmente esta competencia. Es común, pues, lo mismo a las tres ciudades de la Hansa. Se apartan del tipo general de la república democrática estas ciudades en que la situación del órgano de gobierno sólo puede ser modificada con el consentimiento de este mismo órgano, pues toda ley necesita ser aprobada por el senado. Los demás jefes de Estados democráticos, por el contrario, están sometidos a la legislación constitucional, en la que no tienen parte alguna.

[91] Esto lo experimentó ya Francia en 1851, pues Luis Napoleón, que fue nombrado por sufragio universal, se consideraba frente a las cámaras como el *élu de la nation,* en tanto que

los nombrados por éstas, de las cuales dependen, aun cuando en este acto de elección ellas obran jurídicamente como órgano creado por el pueblo. Especialmente el deseo de una reelección es muy apropiado para subordinar los presidentes a los gobiernos colegiados de las cámaras. Según el modo como estén organizados los gobiernos, organízanse los Estados, atendiendo a que llene las funciones de aquél un colegio o un individuo. El primer tipo de esta variedad mostróse en Francia en la época del directorio y del consulado, y se encuentra hoy realizado en los cantones de las ciudades libres alemanas.

El segundo se ha realizado por vez primera en los Estados particulares de Norteamérica, ha sido aceptado en la Unión y aun se ha hecho camino en las restantes repúblicas americanas y en la segunda y tercera república en Francia. La presidencia americana ha sido creada tomando intencionalmente como modelo la realeza inglesa. La concentración del poder ejecutivo en el gobernador de cada colonia existía ya en la época de la dominación inglesa, y la teoría de Montesquieu sobre la utilidad de la unión del poder ejecutivo en las manos de uno solo ha tenido como consecuencia el que el director del gobierno en una república tenga una situación análoga a la de un monarca. En América se reproduce un caso análogo al de Roma, donde la república dejó subsistir la plenitud de las facultades del monarca soberano en los nuevos magistrados.[92] En la época de la creación de la Unión, no existía aún de un modo claro en Inglaterra el sistema del régimen parlamentario o al menos no se había reconocido su existencia; de suerte que era la forma constitucional, o sea aquella en que las cámaras aparecen frente al rey independientes, la que hubo de determinar la formación del tipo de presidente en América; todo lo cual ha impedido la formación de un gobierno parlamentario, por la severa prohibición de que los secretarios de Estado puedan entrar en el congreso, así como por haber impedido al gobierno el derecho de iniciativa legislativa.[93]

Francia, por el contrario, en vista de la experiencia que adquirió en la segunda república de la magistratura presidencial formada según el modelo americano, y de la situación que hubo de asignar a los ministros durante el segundo imperio, según el mismo modelo, ha elaborado en su

los miembros de aquéllas sólo reunían una fracción de los votos del soberano. Este argumento no ha jugado papel alguno en los intentos de justificación de los golpes de Estado.

[92] Son muy interesantes desde este punto de vista las afirmaciones de Hamilton en el *Federalist*, núms. LXIX-LXXVII; especialmente la primera, que coloca al presidente en parangón con el rey de Inglaterra, intentando probar que los derechos de éste han experimentado una limitación general en las facultades del presidente.

[93] El presidente puede recomendar, mediante un mensaje a las cámaras, el que acuerden determinadas medidas. (Constitución, art. 2°, sección 3ª, § 1°.) Pero solamente al congreso le es dado entrar a tratar del asunto, en virtud de la proposición de uno de sus miembros.

actual Constitución una magistratura presidencial ateniéndose al tipo de la realeza inglesa en el actual gobierno parlamentario. Hasta qué puntos es íntimo el lazo de unión del mundo moderno con la idea de la monarquía, lo prueba el que la más importante forma y la más difundida de las democracias actuales, la república presidencial, no es en su aspecto sino una debilitación de la idea monárquica.

Una tercera forma de república presidencial ha sido la que se ha realizado en Francia en el periodo de 1870 a 1875, periodo en que el jefe del poder ejecutivo quedó subordinado a la autoridad de la asamblea nacional. Originariamente, su situación era la de un presidente del consejo de ministros con derecho a elegir a sus colegas. Más tarde, por la ley de 31 de agosto de 1871, se le dio el título de presidente de la república, y se le asignó un lugar superior al ministerio nombrado por él, sin que por ello desapareciera el lazo de subordinación que le une con el poder legislativo.[94]

Todas estas formas se distinguen de la monarquía, no obstante sus analogías exteriores, en que el presidente nunca es el órgano superior, aun entre los secundarios. Allí donde ha sido aceptado el principio de la separación de poderes, corresponde a él una situación esencialmente igual a la de los demás factores del poder del Estado. Prescindiendo del predominio político del poder legislativo, el presidente, o el gobernador en los Estados americanos, está obligado a obrar en colaboración con el senado, y queda sometido a las acusaciones de la cámara baja y al tribunal del senado que había de juzgar de ellas. El *impeachment* americano no sólo puede ser presentado a causa de una violación jurídica, sino también del comportamiento político del presidente o del gobernador, con lo cual las legislaturas americanas tienen un medio poderoso para mostrarse, a pesar de todas las teorías, como el órgano más poderoso en su lucha con el ejecutivo. Además, el presidente sólo excepcionalmente[95] tiene el derecho de poner en actividad las cámaras, y nunca puede disolverlas, de suerte que, como hemos dicho, no tiene iniciativa alguna en la legislación, y *de jure* sólo un veto suspensivo, si bien muy eficaz.[96] Le falta el derecho de declarar la guerra; no es, por tanto, el órgano que pone en movimiento al Estado; más bien cabe decir que su situación puede ser hondamente transformada, y aun suprimida la magistratura, por una modificación de la Constitución.

En Francia son las cámaras, sin duda alguna, en virtud de su poder ilimitado para transformar la Constitución, el órgano supremo del Estado. De este modo cae dentro del principio del gobierno parlamentario, que

[94] Véase la historia constitucional de esta época en Lefebvre, *op. cit.*, pp. 1 ss.
[95] Const., art. 2°, sección tercera, § 1°.
[96] Bien entendido, siempre que no se trate de una modificación constitucional.

coloca al ejecutivo en estricta dependencia de la mayoría de las cámaras. Es verdad que el presidente puede poner a éstas en actividad y clausurarlas; pero también tienen ellas un derecho propio para reunirse legalmente sin ser convocadas. Él puede disolver la cámara de diputados, pero ha menester para ello el consentimiento del senado. Carece del derecho de veto, lo que sólo puede exigir es que de nuevo sea sometida a deliberación la ley. Por último, le falta también el derecho de declarar por sí la guerra. Para terminar, es responsable en casos de alta traición. La dirección jurídica y efectiva del Estado radica en Francia en el parlamento, del cual depende el ministerio, ya que por su voto de censura o de falta de confianza, la cámara de diputados puede en todo momento hacerlo caer.[97]

Si, pues, los presidentes ostentan como una parte del poder regio, están jurídicamente muy lejos de ser reyes. Se ha afirmado a menudo que el presidente de los Estados Unidos de América tiene más poder que el rey de Inglaterra; mas por débil que pueda ser éste en la realidad política, a él es a quien compete jurídicamente la decisión suprema sobre toda modificación de la organización jurídica de su Estado, y esto no le es dado al presidente. La fuerza política de que éste goza no le quita su debilidad jurídica. Hay un juez en la tierra, ante el que necesita inclinarse: el *demos,* cuya representación puede exigirle responsabilidades.

[97] También es falso, políticamente, el considerar las democracias gobernadas parlamentariamente como monarquías electivas con un presidente del consejo que equivale a un monarca elegido por tiempo determinado. Así lo considera Rehm, *Staatslehre,* p. 355. Cualquiera que sea el punto de vista sobre la situación de un monarca, no es posible admitir un criterio mediante el que pueda considerarse como monarca a un hombre que en todo tiempo depende del poder legislativo, y que, por tanto, necesita muy cuidadosamente prestar atención a los votos de los legisladores.

XXI. UNIONES DE ESTADOS

1. Observaciones preliminares

Tanto la antigua doctrina del Estado que atribuye a éste la autarquía, como la moderna de la soberanía, contradicen, llevadas a su última consecuencia, la unión permanente de varios Estados; pues tal unión, cualquiera que pueda ser su construcción jurídica, lleva consigo siempre la dependencia de algunos de aquéllos. A pesar de las muchas relaciones que existían entre los Estados helénicos, apenas si la antigua ciencia del Estado hubo de tocar el problema de las uniones entre éstos, y mucho menos de alcanzar un firme concepto jurídico de esta misma relación. La moderna doctrina del Estado ha necesitado mucho tiempo para llegar a tratar de una manera profunda y plena este problema de la unión de los Estados. Aún hoy, una clara concepción de estas uniones encuentra ante sí la oposición de las doctrinas dominantes acerca del Estado, de las cuales resulta, de un modo deductivo, la imposibilidad de esta o de aquella forma. Tal vez no haya parte alguna del derecho público en que se muestren de un modo más acentuado las consecuencias de juzgar de lo real según un tipo ideal abstracto. Por esto es necesario, cuando se trata de esta doctrina, penetrar de un modo enérgico, mediante una investigación inductiva, en el material histórico político de la realidad, y poner los tipos empíricos sacados de la vida en el lugar de aquellos conceptos generales.

Por lejos que nos lleve nuestro conocimiento de los Estados civilizados, siempre encontramos una pluralidad de Estados que viven en relaciones mutuas; mas el carácter de esta relación era en un comienzo de enemistad, pues en general la guerra ha sido la forma primera de las relaciones internacionales. No siempre el resultado de la lucha es el aniquilamiento o sujeción del adversario: se pueden hallar tratados de paz incluso en los tiempos en que faltaba toda idea de un derecho internacional. En íntima relación con la guerra, aparecen ya, desde el comienzo, las alianzas como la primera forma de relación amistosa entre los Estados. Las alianzas militares de todas clases representan el primer paso para una unión de distintos Estados. Junto a la guerra y bajo su ascendiente poderoso, aparecen también, por obra del poder de las relaciones sociales, relaciones de cambio económico que afirman y aumentan la dependencia mutua de los Estados. La cultura común y los intereses de un grupo de Estados hacen nacer una unión estrecha en épocas no favorables aún para que se des-

arrolle ampliamente la formación de un derecho internacional. En nuestro tiempo es cuando por vez primera se llega a reconocer la solidaridad espiritual y económica entre los intereses culturales, solidaridad real, cada vez más intensa, que ejerce sobre los Estados y sobre sus órganos internos efectos de la mayor importancia.

2. En un amplio sentido, se ha de comprender bajo unión de los Estados toda relación permanente entre dos o varios de ellos, con un fundamento jurídico. En este sentido, todos los Estados, unidos por la comunidad del derecho internacional, forman una gran comunidad de intercambio, dentro de la cual están formando *sistemas de Estados* aquellos que están unidos por una situación geográfica común, y que por esta misma razón están separados de los demás Estados a causa de las relaciones íntimas que entre ellos se desarrollan. De este modo se diferencia el sistema de Estados europeos del americano o del asiático oriental. Pero estas uniones son sociales, no de naturaleza jurídica, y les son aplicables las notas que, dentro de los Estados, separan un grupo social de otro. Por el contrario, las formas de unión jurídica que quedan comprendidas dentro del concepto amplio de unión de Estados son subrayadas por pactos innumerables que crean relaciones permanentes entre aquéllos. Tales uniones tienen un carácter de derecho internacional.

De antiguo viene sucediendo que los Estados se prometen ventajas mutuas de un modo permanente. Ya en la época remota de los Estados sedentarios mostraban éstos los complementos de que a veces es objeto la actividad de un Estado por prestaciones de otro. Pero durante largo tiempo estas relaciones tienen un carácter contingente, y las concesiones mutuas son el resultado de guerras, de amenazas de éstas o de alianzas para ellas. Hasta fines del siglo XVIII, los pactos entre Estados, relativos a la administración y a la función jurisdiccional, nacen casi exclusivamente como partes de tratados de paz o como consecuencia de ellos. Pero a partir de entonces principia un proceso admirable de mutuo progreso en lo que se refiere a la situación de los súbditos de cada Estado, en razón de la evolución creciente y del reconocimiento de la solidaridad de intereses entre los Estados. De aquí nacen dos formas de creaciones jurídicas. La primera abarca la rica variedad de tratados particulares, por los que los Estados se aseguran el cumplimiento de mutuas promesas. La otra comprende convenciones que[1] tienen como supuesto jurídico una comunidad permanente de determinados intereses jurídicos, y que crean para la satisfacción de estos intereses alianzas o uniones administrativas que han conducido ya a diseñar una organización internacional.[2] Una

[1] Véase *System der subjective öff. Rechte*, pp. 204 ss.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, p. 68.

[2] Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen*, pp. 158 ss.; Descamps, *Les offices inter-*

parte de estos tratados particulares sobre administración y justicia, pero especialmente sobre las uniones administrativas, provoca relaciones de este orden entre los Estados, y es causa de que no vuelva a ponerse en cuestión en ellos la existencia futura de esta relación, sino sólo la naturaleza y transformación mayor o menor de las relaciones así creadas. Estos contratos y uniones pueden ser denunciados y revisados, pero siempre son sustituidos por un nuevo acuerdo. Los tratados de extradición, consulares, la unión postal universal, la asociación internacional de teléfonos, de medidas, de ferrocarriles, etc., son instituciones permanentes de la unión entre los Estados, que pueden ser mejoradas, pero nunca desaparecer completamente en su contenido. A esto se ha añadido recientemente el acta de Haager, para la solución amistosa de los casos internacionales cuestionables, mediante la institución de tribunales de arbitraje, lo que es un primer paso para una organización internacional de la función jurisdiccional. La ruptura de estos acuerdos, sin sustituirlos por otros análogos, significaría hoy, dadas nuestras relaciones sociales y nuestras ideas, un retroceso manifiesto de la cultura, y nos llevaría a una situación que nos parecería, dados nuestros sentimientos, enteramente bárbara. El Estado que así obrara se encontraría aislado económica y espiritualmente, lo cual es muy difícil dentro de la realidad política. Así pues, aquellas instituciones que descansan sobre pactos y uniones se pueden considerar, con razón, cual instituciones políticas tan permanentes como algunas creaciones aparecidas en la evolución del derecho administrativo y de la administración de justicia dentro del Estado singular, creaciones que conservan un tipo fijo a pesar de todas las transformaciones.

Estos casos, entre los Estados, contradicen el concepto de soberanía tal como hubo de ser formulado desde el siglo XVI al XVIII. Es verdad que en aquel tiempo se cometió la inconsecuencia de admitir la unión de los Estados por pactos, pero se entendía por éstos los que se encaminaban a establecer una situación permanente (tratados de paz o de cesión de territorios), o que se proponían prestaciones de los Estados por breve plazo. Una limitación mutua, permanente, de la legislación y administración de los Estados, tal como a menudo es objeto del contenido de los modernos tratados, hubiera sido considerada como una disminución inadmisible de la soberanía. Ninguna alianza ha limitado antiguamente a sus miembros en lo interior tanto como lo hacen hoy los contratos y tratados de comercio en los modernos Estados. Por esto las teorías modernas del derecho político e internacional se han visto obligadas a afirmar que las limitaciones contractuales de un Estado no significan disminución alguna de su soberanía, lo cual no ha dejado, naturalmente, de ser contra-

nationaux et leur avenir, Bruselas, 1894; Von Liszt, *Völkerrecht,* pp. 146 ss.; O. Mayer, II, pp. 459 ss.; Rehm, *Staatslehre,* pp. 97 ss.

dicho. Pero ya en este punto se puede ver cómo influyen estas uniones permanentes de los Estados, acordadas por tratados de comercio, sobre la doctrina misma del Estado. Porque aquella teoría del concepto de la soberanía que la identificaba con la nota del poder absoluto e ilimitable del Estado no puede ser conciliada con la realidad histórica, la cual ha unido a los Estados por todo un sistema de tratados administrativos.

3. En estricto sentido, las uniones entre Estados son uniones permanentes jurídicas de los mismos, con un carácter político. Estas uniones de naturaleza política, o sea las que están basadas sobre un fin de potencia estatista, se distinguen de las uniones creadas mediante tratados administrativos y convenciones. Las últimas sólo cogen de los contratantes una parte limitada de su actividad. Las uniones políticas, por el contrario, abrazan algunos Estados en su completa existencia, o a una parte de los Estados agrupados, o conceden a un miembro de la asociación derecho y poder para dirigir la vida del otro y utilizarlo para sus fines.

Hay que separar de estas uniones políticas las alianzas, aun cuando en casos dados puedan satisfacer perfectamente la función política de una unión de Estados; pero hay que separarlos porque no forman uniones permanentes. Caen, por tanto, dentro del amplio concepto de unión de Estados. Las alianzas son uniones para un ataque común, para la división común, para la protección, o bien son alianzas ofensivas y defensivas. Aun cuando, por lo común, ofrecen un carácter guerrero, pueden no obstante, de un modo excepcional, tener un aspecto de paz, como ocurre con la liga de la neutralidad armada, que se propone la protección contra ataques de otros Estados, con los que los aliados, no obstante la guerra, viven en paz. Lo decisivo para precisar el carácter de una alianza no es el fin de ésta, sino los medios que toma en consideración. La triple alianza persigue fines pacíficos y, no obstante, es una alianza guerrera (defensiva). Cualquiera que sea el modo como se cree una alianza, siempre es para casos concretos y para tiempo determinado, y se impone de un modo necesario a la política de los Estados contratantes antes de que surja el *casus foederis*. Cuando aparece éste, a consecuencia de la imposibilidad de prever los sucesos, cada uno de los Estados aliados se encuentra con que las circunstancias le hacen comprometer su existencia futura. Mas todas las alianzas son fácilmente rompibles. Cuando se acuerdan queda sobrentendida la cláusula *rebus sic stantibus*, porque en la lucha con los intereses supremos del Estado soberano retrocede siempre el deber de ser fiel al tratado.[3]

[3] Véanse las palabras clásicas de Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, pp. 258-259; Von Liszt, *op. cit.*, p. 175, dice que el principio de que todos los tratados internacionales se entiendan llevados a cabo con la cláusula implícita de *rebus sic stantibus* es sin duda alguna inexacta, porque de este modo se destruirían los fundamentos del derecho internacional.

Por esto no se cuestiona acerca de la plena independencia de los Estados aliados, a menos que la alianza no sea como un manto oscuro que encubra otras relaciones permanentes. Los Estados aliados son y permanecen soberanos.

4. En las páginas que siguen sólo habrá de ser investigada la unión de los Estados en sentido estricto, hasta donde esto es permitido dentro de una teoría general del Estado. Hemos de prescindir aquí de una investigación detallada sobre la clasificación de las uniones de Estados, pues las objeciones que hemos expuesto antes contra la utilidad de tales propósitos pueden reproducirse aquí, aumentadas. Las uniones de Estados ofrecen, en general, tantos tipos como los Estados particulares; por esto una sistemática clasificación de ellos, había de comprender aún más subdivisiones que las que se hacen al tratar de los Estados unitarios, sin poder llegar a vanagloriarse de lograr encajar a la postre una formación individual dentro de los cuadros que se formen. Así, pues, sólo habremos de ocuparnos, en las reflexiones que han de seguir, de las observaciones más importantes y de mayor valor práctico.

Tiene gran significación la oposición entre uniones *organizadas* y *no organizadas*, según que se manifiesten en órganos particulares del Estado o en órganos internacionales. La tiene asimismo la oposición entre uniones de derecho internacional que descansan sobre contratos o convenciones de *derecho internacional*, y uniones de *derecho político* que tienen por base relaciones de dominación. Las primeras descansan sobre una igualdad fundamental entre los Estados que se han unido —unión por la cual no quedan sometidos a ningún poder superior—, o bien algunos de los Estados se encuentran limitados, conforme al pacto, en beneficio de otros; de suerte que, aun cuando no dependan jurídicamente, si ocurre esto políticamente. El segundo grupo, por el contrario, se propone someter los Estados faltos de soberanía a una formación estatista superior. Para comprender la unión de los Estados en su sentido estricto es necesario considerar las *uniones aparentes*, las cuales tienen una gran importancia política. Por esto, y además porque otras razones reales no consienten

Véase también Rivier, *Principe*, II, pp. 127 ss. Hay que distinguir siempre entre supuestos no esenciales y esenciales de un contrato. Sólo una modificación de los últimos produce los efectos de disolver el contrato. Jurídicamente corresponde al Estado que se acoge a esta cláusula la prueba de que las circunstancias han cambiado y mostrado su importancia. Por tanto, la duración del contrato no depende en modo alguno del juicio arbitrario del Estado particular. La actual literatura del derecho internacional ignora completamente que la doctrina de la cláusula de que venimos ocupándonos procede del derecho natural, el cual, bajo el influjo de L. 38, pr. D. de solut. et lib., 48, 3, fue aplicado por vez primera a los contratos en el derecho privado, y después hubo de extenderse a toda clase de contratos. Véase Schilling, *Lehrbuch des Naturrechts*, I, 1885, p. 225, y los autores citados en la p. 226, nota. Además, L. Pfaff, *Die Klausel: Rebus sic stantibus in der Doktrin und der österr. Gesetzgebung*, en el *Festschrift zum 70 Geburtstag, Joseph Ungers*, 1898, pp. 221 ss.

una generalización rigurosa de la división que arriba hemos expresado, es por lo que habremos de exponer las diversas clases de uniones de otro modo.

2. Las clases de unión de los Estados (en sentido estricto)

a) Uniones aparentes de los Estados

Para fijar los límites de nuestra cuestión, debemos hacer notar que de las uniones de los Estados, en sentido jurídico, han de quedar excluidos todos aquellos casos en que una región *(Land)* análoga a un Estado queda sometida a una relación permanente con respecto a otro, como todo Estado constituido por regiones de naturaleza semejante a la estatista, aun cuando estas formaciones, desde el punto de vista histórico-político, tengan una estrecha semejanza con las uniones de los Estados.[4] Ofrece un ejemplo manifiesto de esto, ante todo, Canadá, el cual, si desapareciera su relativa subordinación al imperio inglés, sólo necesitaría tomar algunas disposiciones conforme a la Constitución, sobre la situación del gobernador general nombrado hasta ahora por la colonia inglesa, y respecto a los gobernadores provinciales designados por éste, para transformarse al punto en un Estado federal. Este mismo tipo es el que lleva en sí la federación de las colonias australianas de la Gran Bretaña, es decir, de la república de Australia, cuya Constitución está aún más influida por las ideas federales americanas que la de Canadá, y cuya subordinación a la metrópoli es aún más débil que la de este Estado.[5] Desde el punto de vista histórico-político, son éstas formaciones que se pueden considerar como *Estados federales en proceso de formación.* Casos de naturaleza análogos han sido estudiados más arriba con mayor extensión, y prueban que la vida de la historia contiene transiciones que no pueden ser abarcadas completamente en sus singularidades mediante conceptos jurídicos, que, hasta cierto punto, no pueden menos que ser rígidos.

Entre las uniones aparentes de los Estados está incluida la *unión personal,* que para su mejor comprensión habrá de ser tratada al propio tiempo que la unión real. Por difícil que sea de justificar, desde un punto de vista estrictamente sistemático, la unión personal, como unión aparente de Estados, una doctrina de estas uniones necesita tenerla en cuenta a causa de su diferencia de las uniones reales.

[4] Sobre la naturaleza peculiar de las relaciones del *self-governing colonies* con la metrópoli, véanse las observaciones de Hatschek, *Engl. Staatsr.,* pp. 204 ss.

[5] Véase un paralelo entre Canadá y Australia en Deerkes-Boppard, *Verfassungsgeschichte der austr. Kolonien und des Commonwealth of Australia.*

b) Uniones de Estados en sentido jurídico

1. Relaciones de dependencia fundadas en el derecho internacional.[6] Son muchas las relaciones permanentes de dependencia que descansan sobre actos de derecho internacional en que puede caer un Estado, independiente hasta entonces. En estos casos se ha de separar en el problema el aspecto jurídico del político. La independencia jurídica es posible que coexista con la dependencia política. Esta distinción es de un gran valor práctico, pues en los casos de independencia jurídica, por amplia que sea de hecho la dependencia, la formación en cuestión puede caracterizarse como Estado soberano o no soberano, y conforme a ello exigir los derechos que le competen, según el derecho internacional. Esta situación jurídica del Estado necesita ser comprobada en toda ocasión, en tanto que la independencia política casi nunca se puede comprobar con entera seguridad. Hay grandes Estados a los que durante largo tiempo les ha faltado esta independencia, precisamente a consecuencia de su política, y en cambio, de otra parte, la subordinación jurídica de un Estado no siempre ha excluido su independencia política. Los pequeños Estados en los cuales ésta no ofrece duda pueden carecer en determinadas circunstancias de independencia política para los asuntos exteriores.

Las innumerables relaciones de independencia que se ponen aquí en cuestión, repugnan la subordinación a una categoría, y necesitan, por tanto, ser investigadas individualmente. Las notas peculiares del Estado y de la soberanía nos ofrecen una pauta para el conocimiento jurídico. Las consideraciones políticas sólo habrán de influir en el resultado de nuestra investigación; en aquellos casos en que jamás puede alcanzar realidad política una abstracta posibilidad jurídica y una decisión definitiva, necesita tener por base la consideración de las relaciones reales.

El caso fundamental de las relaciones de que aquí se trata lo ofrecen los numerosos *protectorados,*[7] los cuales, aun cuando nacieron desde que se consolidaron los Estados modernos, han alcanzado gran importancia política en la actualidad, ya que viven en estrecha conexión con la política moderna colonial, pues es la forma como los Estados europeos han tratado de hacer servir a sus intereses de un modo permanente a Estados menos civilizados. Jurídicamente un protectorado es una relación contractual entre dos Estados, conforme a la cual se obliga uno a proteger al otro contra ataques exteriores, con la condición de que éste se obligue a no obrar contra el protector y a dejarse prescribir por él la

[6] Véase entre la literatura más reciente, Bronhak, *Einseitige Abhängigkeitsver hältnisse unter den modernen Staaten;* Rehm, *Staatslehre,* pp. 71 ss.; Seidler, *Jur. Kriterium,* pp. 99 ss.

[7] La literatura moderna sobre esta materia, indica Ullmann, *Völksrecht,* p. 53, núm. 3, y Von Liszt, p. 51, núm. 9, así como Rehm, *Staatslehre,* pp. 71 ss.

naturaleza de su conducta con respecto a un tercer Estado. Además, el Estado protegido promete al protector otras ventajas como pago a su actividad protectora.

Investigar jurídicamente de una manera honda en su aspecto político la forma de protectorado que va revistiendo la colonización de los Estados civilizados sobre los que lo son menos tiene poco interés, pues la oposición entre la situación de cultura de los protectores y de los protegidos hace que falte un lazo común entre las concepciones jurídicas de ambos, ya que estos Estados protegidos no están dentro de la comunidad de derecho internacional de los pueblos occidentales. Si estas uniones tienen un interés político predominante, son, sin embargo, objeto de consideración en su aspecto de derecho internacional, en cuanto un tercer Estado tiene el deber de respetar una relación de aquella naturaleza reconocida por el derecho internacional. En este sentido, quedan excluidos de los protectorados todas las relaciones de los poderes colonizadores con sus territorios protegidos, los cuales son, con respecto al Estado principal o metrópoli, territorios anexionados. Falta, pues, aquí el segundo miembro necesario de una unión de Estados.

En cambio, en los protectorados y relaciones análogas de Estados menos poderosos con otros que lo son más, donde ambas partes son miembros de la comunidad del moderno derecho internacional, necesita ser fijada la relación jurídica de estos miembros. La cuestión de si, no obstante el predominio político del protector, existe una subordinación o una existencia paralela del Estado protegido, o la de si es soberano o no soberano, necesita ser contestada categóricamente. Para un orden de consideraciones políticas, puede resultar que falte la independencia a tales Estados, o que sea dudosa, y la dificultad de precisar esto es de mucha más importancia que el conocimiento jurídico del mismo. Un Estado no soberano sólo puede existir asociado a otro que sea soberano. Por esto el territorio y el pueblo necesitan ostentar una doble cualidad: han de ser territorio y pueblo del Estado superior.[8] Si, pues, es lo mismo jurídica-

[8] Las relaciones jurídicas de dependencia son puramente de naturaleza de derecho internacional, sin efectos en el derecho político. Esto intentó probar Rehm, *op. cit.*, pp. 72 ss., estableciendo analogías con el derecho privado e invocando el código civil. Pero esto plantea de nuevo la cuestión crítica: ¿con qué derecho se pueden aplicar principios sacados de la organización del derecho privado de un determinado Estado, para la construcción del derecho internacional, que carece aún en muchos puntos de fijación? Incluso si se admite que se puede usar de tales analogías en este caso, esto no prueba nada, pues las relaciones de dependencia en el derecho privado no disminuyen jamás la personalidad, en tanto que una relación de dependencia en el derecho internacional necesita consistir justamente en una disminución de la soberanía, por tanto, en la *capitis deminutio* internacional. Pero lo decisivo es que la *dependencia no es una categoría jurídica, sino social.* Jurídicamente sólo hay relaciones de coordinación o subordinación, y no de dominación o no dominación, *tertium non datur.* Si se admiten las relaciones jurídicas de dependencia que no tienen una naturaleza de *imperium,* entonces habríamos prescindido de la independen-

mente un ataque a un Estado de esta clase que un ataque al territorio que lo domina; si éste tiene el deber de derecho político de considerar a los súbditos del Estado sometido como suyos, y de garantirles, conforme a esto, su protección de derecho internacional; si, por último, tienen éstos deberes legales permanentes hacia el Estado dominante, un Estado tal ha de ser considerado jurídicamente como no soberano. Si, por el contrario, a pesar de su unión con otro Estado conserva la autoridad jurídica exclusiva sobre su territorio y su pueblo, de modo que el otro Estado sólo tenga facultades determinadas contractualmente, pero ninguna autoridad de dominación que sea independiente de la voluntad del primero, entonces, cualquiera que pueda ser su situación política, se ha de considerar al Estado soberano.[9]

Con este mismo criterio se determina también el carácter jurídico de las causas anormales de unión, tales como, por ejemplo, la de Waldeck con Prusia, fundada en un contrato de accesión. Aun cuando sea la segunda la que dirige el gobierno de la primera, este principado es, no obstante, completamente independiente, desde el punto de vista jurídico, de Prusia. Ninguna ley prusiana tiene en Waldeck fuerza legislativa; Waldeck no es una parte del territorio del Estado prusiano; los súbditos de Waldeck no son súbditos prusianos; los funcionarios nombrados por Prusia para el principado no son funcionarios prusianos; el representante del poder de Waldeck en el Bundesrat está nombrado por el príncipe, y es el representante del Estado en lo exterior. Waldeck no está, por tanto, sometido a Prusia, sino que está, con respecto a ésta, en una situación jurídica de dependencia como un Estado alemán miembro de la federación, y además en una relación contractual, que puede ser jurídicamente disuelta.[10]

El tratar de afirmar el carácter jurídico de estas uniones y separarlas de las relaciones políticas fundadas por ellas, no tiene para nosotros exclusivamente una importancia teórica. Justamente, con motivo de estas formas de uniones, puede fácilmente suscitarse la cuestión jurídica de si se trata de una sentencia arbitral de derecho internacional, o de la solución de una cuestión práctica de derecho constitucional o exclusivamente de comprobar los derechos del individuo.

Todas aquellas relaciones de dependencia no están organizadas. No hay

cia privada de la mayor parte de los hombres, y tendríamos hallada la categoría jurídica que ansía la queja socialista para fundar la esclavitud del salariado.

[9] Pillet, *Revue Générale de Droit International public*, II, 1895, p. 598, afirma de un modo consecuente, partiendo del principio de que los Estados protegidos no son soberanos, que el Estado protector tiene siempre un derecho de soberanía sobre los asuntos interiores del Estado protegido. Rehm, *Staatslehre*, p. 86, en cambio, cree poder fijar los límites entre la situación de ambos Estados, teniendo en cuenta el fundamento contractual del protectorado.

[10] Véase sobre estas relaciones, Böttcher, *Das Staats, des Fürstentums Waldeck Handbuch des öff. Rechts*, III, 2ª ed., pp. 154 y 160 ss.

órgano particular alguno de los Estados unidos de esta suerte, en los que pueda expresarse la unión y que sea apropiado para servir a los fines de la misma.

2. El Estado superior con los Estados inferiores (Estado de Estados).[11] Bajo esta denominación se habrá de comprender una forma política de unión de Estados. Un Estado soberano ejerce su dominación sobre los Estados que le están sometidos, los cuales se organizan libremente dentro de los límites jurídicos que le han sido asignados por la naturaleza misma del Estado superior. En lo interior poseen una amplia independencia; pero en lo exterior, a causa de su subordinación, experimentan una gran limitación, y están obligados, con respecto al Estado superior, a prestaciones militares y de carácter económico. Dentro de este tipo existe una rica variedad. El tipo mismo es primitivo y se encuentra ya en el antiguo Oriente, donde hoy, como en otro tiempo, es la forma que revisten los grandes Estados. También las corporaciones territoriales romanas estaban sometidas esencialmente a la majestad del pueblo romano; pero antes de la provincialización de los territorios sometidos a Roma, ya llevaban consigo este mismo tipo. El mundo medieval presenta un número no menor de formaciones de esta clase, cuyo nacimiento se vio muy favorecido por el feudalismo. El Sacro Imperio Romano Germánico, aun cuando es una formación *sui generis*, y es difícil incluirlo en una categoría, muestra tanto instituciones de un Estado general como de una confederación de Estados, pero desde la paz de Westfalia presenta muchos rasgos de una unión de Estado como los que venimos examinando. En la Edad Moderna debe contarse, entre los Estados de esta clase, el imperio otomano, en sus relaciones con los Estados cristianos y mahometanos vasallos. Por último, la India inglesa, en relación con los Estados vecinos, los cuales reconocen su supremacía.

La forma característica de esta unión de Estados radica en que no hay relación alguna necesaria entre la vida política del Estado superior y el inferior, y no existe, en general, institución alguna en qúe una comunidad de esta naturaleza pueda alcanzar su expresión. El Estado de Estados corresponde completamente, o al menos de un modo predominante, al tipo de las uniones no organizadas. La subordinación del territorio y los ciudadanos del Estado inferior al poder del superior es, por lo común, indirecta, y por mediación del poder del Estado inferior, que queda sometido al del Estado superior.[12] Algunas desviaciones particulares que

[11] Véase Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 137 ss.

[12] No deja, pues, de existir aquí el pueblo como elemento del Estado superior. Cuando Brie, *Grünhuts Zeitschrift*, p. 143, dice que yo no considero como un concepto necesario para el Estado superior la dominación mediata de éste sobre los individuos, cabe responderle que en las relaciones políticas, a menudo muy anormales, de esta forma de unión de Estados, es posible que el poder del Estado superior no pueda manifestarse exteriormente, ni aun

se presentan con respecto a esto no son suficientes para cambiar esencialmente la naturaleza del tipo.[13]

Las formaciones de esta naturaleza nacen por causas históricas muy varias: la debilidad interior de un imperio que lo conduce a su ruina; el deseo de asegurarse el Estado superior contra los ataques de los sometidos, a los que, después de vencidos, se les limita a veces, o se les quita por completo sus deseos para dirigir o hacer la guerra; el utilizar las fuerzas militares de los Estados sometidos, mediante una alianza permanente y obligatoria; el sometimiento de Estados, que hasta entonces eran independientes, para la explotación de fines económicos; las diferencias religiosas nacionales y culturales entre el pueblo del Estado dominante y el del sometido que impiden una completa unión de ambos, son otras tantas causas que provocan en la vida formaciones de este tipo de Estados. Pero su aspecto político, considerado desde el punto de vista de la moderna concepción del Estado, resulta enteramente anormal, porque no hay entre ambos Estados ningún interés común que los enlace y haga de ellos una unidad interna. Por lo que toca a los Estados occidentales, este tipo de formación pertenece al pasado.

3. Uniones monárquicas. Uniones personales y reales.[14] Ambas formas de unión concuerdan en que, a causa de la identidad de la personalidad física del monarca, aparecen al propio tiempo en dos o más Estados con una completa separación jurídica de su distinta propiedad de soberano. Estas uniones están limitadas, por consiguiente, a las monarquías. Cuando la unidad de la persona física del monarca no ha sido intencionalmente establecida por el Estado, sino que se trata de una coincidencia contingente, en sentido jurídico existe una *unión personal.* Por el contrario, si la comunidad de personas ha sido jurídicamente querida, tiene el carácter de una *unión real.* Ésta es la forma en que se han fijado ambos conceptos por la nueva ciencia alemana.[15] La distinción originaria de am-

siquiera de un modo indirecto, respecto de los súbditos. Sin embargo, esta situación jurídica es la consecuencia simple de relaciones reales cuyo carácter anormal escapa a todo concepto jurídico. *(Staatenverbindungen,* p. 157.)

[13] Así, en el antiguo imperio alemán ha subsistido teóricamente hasta su fin, a pesar de los restos de soberanía territorial, una subordinación directa de los países mediatizados respecto del imperio, lo que, de otra parte, era de muy poca importancia práctica. Nadie sabía de qué modo, desde el año 1663, habían de publicarse las leyes del reino. Häberlin, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* (nueva ed., II, 1797, p. 164), dice: "Las leyes del imperio que deben obligar a los súbditos de las clases o *estados* del imperio necesitan ser dadas a conocer a éstos por su soberano o autoridad". Pero ¿dónde está expresado en el derecho del imperio la obligación de tal promulgación?

[14] Véase para la literatura antigua, Von Jurascheck, *Personal-und Realunion,* 1878, pp. 1-45; Jellinek, *Lehre von der Staatenverbindungen,* pp. 83 ss. y 197 ss.

[15] La reforma de la terminología que proponen Rehm, *Staatslehre,* p. 103, y Bernatzik, *Grünhuts Zeitschrift,* XVI, p. 276, son tanto más de rechazar cuanto que aquí en este orden de cuestiones existe unanimidad, al menos en la ciencia alemana, desde H. A. Zachariae.

bos tipos, según que sea común a ambos meramente la persona del monarca o existan además asuntos de Estado comunes a los dos, distinción que aunque se encuentra en la literatura extranjera y se lea en la prensa diaria, no tiene importancia jurídica alguna y está basada en notas puramente exteriores.

La *unión personal,* como hemos dicho, no es, en el sentido jurídico, unión de Estados, sino sólo una *communio incidens* de derecho político e internacional del titular del más alto órgano del Estado, pero con independencia mutua y plena de las organizaciones de ambos Estados. No hay nada estatista común, desde el punto de vista jurídico, en las comunidades así unidas, y todo lo que tenga este carácter entre ellas es, por tanto, contingente o descansa sobre otros fundamentos jurídicos.

El caso normal de la unión personal nace cuando, a causa de la ley de sucesión al trono, ley distinta en cada Estado, viene a recaer la corona de varios sobre una misma persona.[16] Dura tanto tiempo como permanecen convergiendo en una persona los distintos derechos, y desaparece tan pronto como esta coincidencia contingente se deshace por haber sido llamadas a la corona, según el orden de sucesión al trono, personas diversas. Así, en el siglo XIX, se ha visto desaparecer la unión personal de la Gran Bretaña con Hannover en 1837 y la de Holanda y Luxemburgo en 1890, a causa de la divergencia en la sucesión al trono, siendo en la primera los cognados los llamados y en el segundo los agnados, por ser posible que sucediesen las mujeres en la Gran Bretaña y Holanda, y por estar excluidas del trono en Hannover y Luxemburgo.

Por poco interés que ofrezca la consideración jurídica de las uniones personales, es mucho el que ofrecen desde el punto de vista político. Uniones que originariamente eran contingentes han sido en muchos Estados, que jurídicamente eran enteramente independientes unos de otros, el comienzo de una unión más estrecha y hasta de una completa fusión. Castilla y Aragón, Inglaterra y Escocia, los países hereditarios alemanes y

Ante un hecho tan extraño como éste, deben ceder incluso las consideraciones realmente más justificadas. Sólo así se podrá escapar a la ilimitada confusión que en esta materia domina en la literatura extranjera. Así, por ejemplo, Rivière, *Principes,* I, p. 95, considera las relaciones de la Gran Bretaña con la India como una unión personal, y Graf, en *Bonfils-Franchille,* p. 86, acepta este punto de vista sin crítica, no obstante haber escrito en unas cuantas líneas anteriores que la unión personal es una unión limitada temporalmente, y haber reconocido a cada uno de los Estados así unidos su "soberanía personal plena".

[16] Una desviación en esta norma en el mundo político actual es la que ofrece la unión personal entre Bélgica y el Estado del Congo desde 1885, la cual probablemente tendrá pronto fin mediante la dominación del último por el primero. Con la desaparición de la monarquía electiva, sólo de un modo excepcional puede la elección, al establecerse una nueva dinastía, dar lugar a una unión personal. Un tipo completamente nuevo de unión personal sería la que resultase de la unión a la corona de Prusia de la Alsacia-Lorena, transformada previamente en Estado monárquico; unión que no podría descansar sobre un pacto entre ambos Estados.

bohemios de Austria y las relaciones de ésta con Hungría, son ejemplos expresivos del papel importante que las uniones personales han desempeñado en el proceso de formación de los modernos Estados. Otras uniones que, por el contrario, se han resistido a tales fusiones, han sido para alguno de los miembros, y muchas veces para ambos, un mal. En este sentido hemos de recordar la política hannoveriana de los reyes ingleses que llevaron el nombre de Jorge. Hoy las uniones personales suscitan una viva desconfianza, la cual se manifiesta en que en un gran número de constituciones, especialmente alemanas, se trata de dificultar, y aun de impedir completamente, la formación de tales uniones personales.[17] Para el porvenir se disminuirán las dificultades y los peligros de una unión personal, que hoy, y aún más tarde, han de encontrar el obstáculo de una política dinástica. Aquellos peligros, sin embargo, subsistirán cuando se trate de la unión de un pequeño Estado con otro mayor. Sería muy delicado, sin embargo, para el imperio alemán, el que un príncipe de la confederación fuese al mismo tiempo soberano de un príncipe extranjero. Algunas constituciones han tomado precauciones contra esto, y se puede recomendar como de *lege ferenda* la determinación de la Constitución imperial de Francfort, conforme a la cual ningún jefe de Estado extranjero puede al propio tiempo gobernar un país alemán, ni un príncipe reinante én Alemania, sin renunciar a su gobierno alemán, aceptar una corona extranjera.[18]

Es importante políticamente que esté excluida la guerra entre los Estados unidos en unión personal, pues no tendría sentido que un monarca luchase contra sí mismo. Incluso si el monarca de un Estado perteneciente a un Estado federal se viese obligado por el derecho federal a una guerra contra los demás miembros de la federación, no podría él hacerlo; le sería preciso, en tal caso, o abandonar el Estado comprendido en la federación, o se vería constreñido este Estado por el poder federal a tomar parte en la guerra contra la voluntad de su soberano.[19] En el estado federal, donde los Estados miembros no tienen ningún derecho independiente a declarar la guerra, no puede existir tal conflicto. La cuestión acerca de la posibilidad de la guerra entre los Estados unidos personalmente,

[17] Véase, por ejemplo, la Constitución de Baviera, tít. II. § 6°; Baden, ley dinástica de 4 de octubre de 1827, § 3°, núm. 4; Aldenburg, Constitución, § 15; Coburgo-Gotha, Constitución, §§ 9° y 19 exigen el consentimiento de las cámaras; Prusia, Constitución, art. 55; Sajonia, Constitución, § 5°, y entre los Estados extranjeros, Bélgica, art. 62; Dinamarca, art. 4°; Rumania, art. 91; está completamente prohibida en Grecia, art. 58.

[18] § 4°.

[19] Brie, en *Grünhuts Zeitschrift*, XI, p. 105, construye un caso de esta naturaleza que queda fuera de las posibilidades políticas. Igualmente Von Holzendorff, en *Handbuch des Völkerrechts*, II, p. 126, presenta aun otra posibilidad: la de que la regencia de un Estado declare al monarca la guerra (p. 125). Está conforme conmigo Ullmann, *op. cit.*, p. 44.

es uno de aquellos puntos en que la construcción jurídica ha de ceder ante la consideración de la posibilidad política.

Entre los Estados unidos personalmente es posible una coacción de derecho internacional, pero no de naturaleza guerrera (retorsión, represalias). Del mismo modo, no está excluida del derecho internacional una cierta subordinación coactiva de un Estado a otro.

Una disolución circunstancial de la unión se produce cuando en los Estados unidos, en vez del monarca impedido, dominan regencias distintas —como sucedió antes de la muerte del rey y gran duque Guillermo III en Holanda y en Luxemburgo—, o cuando el monarca, según la Constitución de uno de los Estados, llega a la mayoría de edad, mientras que en las demás se considera aún como menor y está representado por una regencia. Así, pues, lo esencial e importante, políticamente, en la unión personal, la que jurídicamente sólo es una unión aparente, radica exclusivamente en la comunidad del sustrato físico de la voluntad del soberano, el cual no existe cuando distintos representantes de un individuo han de expresar la voluntad suprema de cada uno de los Estados.

La unión real es un lazo que descansa en un pacto[20] entre dos o más Estados, en virtud del cual la persona del príncipe resulta común, teniendo el príncipe en cada uno de los Estados de la unión una situación jurídica de órganos independiente de la que tienen en el otro u otros Estados. La unidad real es una unión organizada que se expresa en el monarca común, el cual, en un sentido jurídico, representa una variedad de soberano y simboliza la unión. Además, pueden o necesitan tener asuntos considerados como comunes por acuerdo mutuo. El pacto es el único fundamento jurídico de las uniones reales, juzgadas según nuestros modernos conceptos de derecho político e internacional. Es inexacta la teoría que considera la unión real basada sobre la ley constitucional de uno o varios Estados, y conforme a esto la definen como unión constitucional de varios Estados bajo un mismo jefe.[21] Puede ser recogida dentro de la ley, de igual modo que todo tratado internacional, mediante la publicación por el Estado en el interior, y tener de esta suerte el carácter de una ley. Brie ha buscado otros fundamentos que sirvan de origen a la unión real como pacto, sin poder aducir ejemplos históricos.[22] Tales casos quedan enteramente fuera del reino de las posibilidades políticas, y necesitan además ser consideradas como uniones personales o uniones de Estados que

[20] Pacto *(Vereinbarung)*, en el sentido que indico en mi *System*, cap. XII; esto es, como expresión de una declaración única de voluntad de una pluralidad de individuos que coinciden en el contenido de sus actos voluntarios.

[21] Fue fundada esta doctrina por H. A. Zachariae; véase sobre ella *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 197 ss.

[22] Brie, en *Grünhuts Zeitschrift*, XI, p. 137. Véase además *System der subj. öff. Rechte*, p. 308, núm. I.

descansan en un pacto, si han de permanecer los Estados así unidos, independientes unos de otros; Von Jurascheck quiere ampliar el concepto de unión real hasta abarcar la comunidad de los demás elementos del Estado además del de la personalidad del soberano, lo cual es exclusivamente una construcción escolástica desviada de la realidad.[23] Del derecho político futuro solamente debería hablarse donde exista la perspectiva de que lleguen a ser realizadas las formas encontradas *a priori.* La unión real es tan singular, y es tan raro que se repitan las condiciones históricas que la originaran, que con muy poca frecuencia se halla en el pasado, y aun en los tiempos modernos, tiene muy pocos representantes. Desde que fue disuelta la unión de Suecia y Noruega sólo existe un caso que la representa, y en lo futuro, al menos en los Estados de civilización europea, apenas si podrá de nuevo realizarse.

Los miembros de una unión real son completamente independientes unos de otros en el sistema jurídico, y en nada se encuentra afectada la soberanía de ellos por el hecho de un pacto. No hay ningún Estado superior que esté sobre los miembros de la unión a cuya voluntad soberana estén sometidos los Estados unidos. La unión real es, por tanto, una unión de derecho internacional que, como toda unión permanente de Estados, produce efectos de derecho público, cuyo rigor depende de la mayor o menor amplitud de las relaciones de los Estados que se unen. Considerada más de cerca, se trata de un caso especial de confederación de Estados, pues el mantenimiento de la personalidad común del monarca es una obligación mutua de los Estados unidos, y encierra, por tanto, en sí, una alianza permanente defensiva. Por esto los Estados de unión real aparecen exteriormente como un poder común, al menos en tanto se pone en cuestión la guerra y la paz.

El carácter primario de derecho internacional de la unión real, cualesquiera que puedan ser sus efectos sobre las instituciones de derecho político de los Estados unidos, exteriorízase especialmente en que nunca crea un poder federal común al que estén subordinados los Estados particulares. No hay, por tanto, en la sanción real misma leyes de la unión, sino sólo leyes de miembros de la unión que descansan en el pacto de los miembros de ésta. No hay administración única, sino sólo comunidad de administración. La hacienda es hacienda de sociedad, no de corporación, y los gastos de la unión son cubiertos por las contribuciones de los miembros. Además, no hay un indigenato único ni un solo territorio; sólo en los asuntos de política exterior aparecen como unidad los Estados de una unión real, porque ante el derecho internacional producen los mis-

[23] Véase *Staatenverbindungen* pp. 205 ss. La doctrina de Von Jurascheck no ha tenido influjo en la literatura.

mos efectos la acción permanente común de varios Estados y la unidad interna de uno solo y mismo, con tal que aparezcan como una comunidad. Por esto los ciudadanos que pertenecen a los Estados que forman una unión real tienen carácter de ciudadanos de la unión; su territorio, de territorio de esta unión misma; todo lo cual, para los efectos del derecho internacional, aproxima la unión real al Estado unitario.

Las uniones reales han sido conocidas por vez primera en los tiempos modernos. Suponen una organización monárquica del Estado muy desarrollada, que faltaba en la Antigüedad, en la que coexistieron una variedad de Estados, así como le faltó igualmente el acusar la unidad del Estado tal como en el continente hubo de mostrarse por vez primera con la victoria de la monarquía sobre las clases o brazos. Considerando el aspecto político, son estas uniones reales resultados de esfuerzos fracasados por llegar a fundar un Estado unitario, compromisos que la mayor parte de las veces sólo han existido allí donde las diferencias nacionales han impedido el establecimiento de un Estado unitario que aprisionase varios Estados. No se han de confundir con las legítimas uniones reales ni con aquellos casos en que varios Estados, en virtud de una Constitución común, se unen en un Estado unitario, conservando cada uno sus instituciones peculiares. Así, por ejemplo, la Gran Bretaña descansa sobre el acta de unión de 1707, acta que, aparentemente, es un contrato entre Inglaterra y Escocia, pero que en verdad sólo es una ley inglesa. La Gran Bretaña es, por tanto, jurídicamente un ensanchamiento de Inglaterra, pues en ninguna parte se atribuye a Escocia un derecho que impida su modificación por un acto del parlamento, ni el de organizarse por sí misma, y jurídicamente este acto de unión no se diferencia en nada de otros de la actividad legislativa del Estado inglés. Incluso lo que algunas veces ha sucedido, esto es, que varios territorios o Estados separados hasta entonces lleguen a formar una unidad por haber reconocido de un modo permanente la autoridad común de un soberano absoluto o casi absoluto, no es caso que pueda convenir a la unión real. En tanto que hubo de dominar la idea del monarca como propietario del Estado, no pudo llegar a generalizarse la concepción de que el monarca no puede hacer cesar por sí la independencia del Estado. Por esto conducía la unión personal, sin que fuese posible a menudo determinar, a afirmar concretamente el momento del tránsito a un Estado unitario, y por esto la unión real es una formación que pertenece a los tiempos modernos, pues dadas las relaciones medievales y la diferencia que se establecía entre la soberanía territorial y la del poder del Estado —diferencia que subsiste hasta la paz de Westfalia—, no era posible que pudiese ser objeto de aplicación.

El primer ejemplo de una unión real legítima es el que se estableció entre los países de los Habsburgos, y especialmente la fundada entre Hun-

gría y las demás regiones por la pragmática sanción, unión que subsiste hoy, después de muchos cambios, en forma de unión de las regiones de la corona de Hungría con los reinos y regiones de Austria, constituyendo la monarquía austro-húngara.[24] En nuestro siglo, la unión real que ha seguido ha sido la de Suecia y Noruega, fundada en la convención de Moss de 1814 y en el acta del imperio de 1815.[25] Ambos tipos nos muestran de qué diversas formaciones positivas es susceptible la unión real, pues Suecia-Noruega sólo tenía la perpetuidad de un rey común. En cambio, Austria-Hungría está sometida a la dinastía de Habsburgo, en tanto que existan sucesores de Leopoldo I, y además queda un amplio campo de actividad estatista, de mucha importancia, que es común a las dos, tales como administración de asuntos internacionales, de guerra y de hacienda. Hay otras muchas formaciones que pertenecen a las uniones reales, según muchos, tales como Polonia-Rusia, Finlandia-Rusia, Croacia-Hungría y

[24] Véase acerca de esto, y sobre otras doctrinas que se separan de la apuntada, nuestra obra *Lehre von des Staatenverbindungen*, pp. 227 ss.; además Ulbrich, *Das österreichische Staatsrecht, Handbuch des öff. Rechts*, 3ª ed., 1904, pp. 47 ss.; Seidler, *Jurist. Kriterium*, pp. 90 ss.: Hauke, *Grundriss der Verfassungsrechts* (en *Grunds. des öst. R.*, III), pp. 141 ss. El reconocimiento de la independencia del Estado húngaro por parte de Austria en el año 1867 y la disposición en que, a causa de esto, hubieron de quedar unidos ambos Estados, ha dado lugar, frente a la doctrina dominante, a otras teorías, que han crecido apoyándose en la base de determinadas concepciones políticas. Así, por ejemplo, influye en Austria la antigua idea centralista, al afirmar la existencia de un Estado común, no obstante la división interior de los reinos. En tanto que en Hungría encuentra, por el contrario, partidarios la posibilidad de una separación aún más radical que la que existe, y se afirma que la soberanía del Estado húngaro llega a su extremo incluso en aquella dirección en que le es atribuido un poder jurídico ilimitado sobre las normas de la ley de la igualdad de Hungría (ley de 1867, art. 12). De un modo objetivo y sin violencia, sólo puede explicar los más importantes fenómenos jurídicos de la vida política de Austria-Hungría la doctrina que hemos mantenido, pues todas las demás conducen a contradicciones insolubles y se oponen a la realidad política. Toda aceptación de elementos federativos en Austria-Hungría, o toda consideración de esta unión como un Estado federal desenvuelto, se estrella ante esta consideración: que todo Estado federal, por rudimentaria que sea su sistuación, ha de dominar a sus miembros; pero un Estado que recibe toda su fuerza de sus Estados miembros, y que frente a éstos no aparece con el más mínimo poder jurídico para realizar sus exigencias, que carece de un procedimiento para decidir jurídicamente los conflictos interiores, y cuya existencia es negada expresamente por uno de sus miembros, un Estado de tal clase sólo puede tener realidad en el reino etéreo de la dialéctica jurídica.

[25] También, respecto de esta unión, se ha buscado una interpretación de los hechos de acuerdo con los deseos políticos. Así Rentersköld declara, en *Archiv. f. öff. Recht*, XIV, p. 378, que Suecia-Noruega era un Estado de Estados o un Estado compuesto. Pero la unión (p. 380) no estaba organizada desde el punto de vista del derecho público, sino sólo personificada, por decirlo así, en el rey; con otras palabras, la unión no era un Estado, y, por tanto, tampoco un Estado de Estados. Otros escritores suecos van aún más lejos y niegan a Noruega el carácter de Estado, por haber sido cedida *de jure* por Dinamarca a Suecia y no haber sido reconocida jamás con personalidad sustantiva en el derecho internacional; pero no consideran estos autores que la existencia de un Estado es un hecho que no se puede hacer desaparecer del mundo mediante una deducción jurídica. Los nuevos resultados muestran hasta qué punto carecen de valor estas especulaciones, pues el Estado sueco-noruego ha desaparecido a causa de la ruptura de la unión por parte de Noruega, sin haber dejado tras de sí la más ligera huella.

Sajonia-Coburgo-Gotha; mas este criterio hemos demostrado en otro lugar que no puede mantenerse, pues no se trata de unión de Estados.[26]

En la unión real no hay posibilidad de una guerra entre los Estados que forman la unión; pero esto no excluye una coacción de otro carácter de derecho internacional, pues en caso de conflictos de intereses éste no sirve de medio para proteger el sometimiento completo de un Estado a otro, lo cual tiene gran importancia cuando se trata de las relaciones de la unión de un Estado débil con otro fuerte.[27]

Una nueva fundación de uniones de esta naturaleza no será posible en lo futuro. Las dificultades para unir de un modo permanente, en cualquier forma, Estados formados por nacionalidades distintas, y las tendencias enemigas de la unión a causa de la soberanía de cada uno de los Estados, se oponen a la existencia de tal unión, y son otros tantos obstáculos en el camino hacia la evolución de uniones reales, como lo prueba de un modo manifiesto la historia de las relaciones mutuas de los Estados que constituyen uniones reales en los tiempos modernos. En tanto que en el Estado federal no puede existir por largo tiempo un partido enemigo del poder central, en las uniones reales existen hoy, en cambio, partidos adversarios de la unión real. Además existe una completa falta de relaciones orgánicas en las modernas uniones reales, pues se carece de un tribunal arbitral que decida sobre los requerimientos que nazcan de las colisiones entre los Estados miembros. El resultado de estas luchas depende, pues, completamente de los factores reales de poder, y por tanto, no es dable determinarlos jurídicamente. El fin de la unión sueco-noruega es, y será siempre en el porvenir, una advertencia política cuando se trate de nuevas formaciones de uniones de Estados de esta naturaleza.

Por lo que se refiere especialmente a los Estados alemanes, les está prohibido para el porvenir entrar a formar parte de una unión real; no tendría esto sentido, además, entre los Estados miembros de un Estado federal, porque falta para ello un motivo racional. Dos Estados miembros alemanes pueden llegar a una unión personal; pueden también formar

[26] *Staatenverbindungen*, pp. 70 ss., y *Staatsfragmente*, pp. 34 ss.

[27] Como hemos dicho, los defensores del carácter de Estado de Finlandia y Croacia se proponen, sin duda, asegurar a estos países de los ataques de los grandes Estados a que se encuentran unidos. Pero incluso la imposibilidad de hacer la guerra, pondría a los pequeños Estados unidos en una situación aún peor que la de los que no están unidos, porque este hecho dejaría ya excluidos para ellos toda mediación y arbitraje de derecho internacional, pues éste no los tiene en cuenta para nada, y además las disposiciones del acta de La Haya se refieren sólo a los casos de guerra. Por el contrario, el que conserven tales países una organización dentro de la del Estado general prueba la posibilidad jurídica de que sólo es dable modificar la Constitución que les está garantida mediante leyes. Por esta misma razón, los Estados de un Estado federal tienen también jurídicamente, frente a un miembro poderoso de la federación, una situación enteramente distinta a la de los miembros de una confederación de Estados.

un Estado unitario con instituciones particulares conforme a la unión. Pero una unión real que deje subsistir ambos Estados en su cualidad de tales no tendría ningún fin, pues la defensa común en el exterior no es cuestión que competa a los Estados miembros alemanes. La unión de uno de éstos con uno extranjero sería aún más delicada, políticamente considerada, que la unión personal prohibida por muchas constituciones alemanas, pero jurídicamente está igualmente prohibida. La unión real se propone la defensa común de los Estados unidos y el cuidado de los asuntos extranjeros de un modo igualmente común. Estas uniones no están permitidas por la Constitución en vigor del imperio.[28]

Bajo el concepto de la unión personal o real no caen determinadas situaciones vacilantes, que existen siempre que hay paso de un Estado, o de una parte de un Estado, a otro, o de la formación de un nuevo Estado de varios que hasta entonces estaban separados y que se unen bajo la personalidad del mismo soberano. No es admisible considerar como fundación de una unión personal la cesión de Lombardía (1859) y Venecia (1886) a Napoleón III, pues estos actos sólo fueron el paso para una incorporación al reino de Italia, y no se pueden considerar como el fundamento de una unión personal entre Francia y estos territorios. Tampoco se puede aplicar la categoría de unión real a la situación de Moldavia y Valaquia (1861-1866), pues la unión de ambos principados bajo el mismo jefe de Estado, es tan sólo un primer acto para la fundación de Rumania. Asimismo Schleswig y Holstein-Lauenburgo, después de su entrega por Dinamarca a Austria y Prusia (1864-1866), tampoco pueden considerarse como ducados que tengan con aquellas otras potencias una relación de unión personal o real. La renuncia de Austria a Lauenburgo, en la convención de Gasteiner, no ha puesto a este ducado en una situación de unión real hasta que se unió a Prusia (1865-1876), sino que más bien le creó una situación en que quedaba en suspenso. En todos estos casos falta todo motivo para unión permanente entre las partes reunidas, pero que tienen existencia política separada. En la esencia de la unión real incide el que se establezca por tiempo indefinido, o al menos por la duración de una dinastía. De igual suerte que la confederación de Estados, también ella nace para vivir de un modo perdurable. Indica desconocer su esencia el querer comprender bajo su concepto situaciones transitorias que se le parecen.

La unión real concluye por una transformación en Estado unitario, o por la disolución del lazo de unión a causa de que distintos monarcas

[28] Asimismo piensa G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 600, n. 33; mas interpreta mis afirmaciones, *Staatenverbindungen*, p. 292, como contrarias a la posibilidad de una unión personal, siendo así que yo sólo hablo allí de la entrada de un Estado miembro en una confederación de Estados o en una unión real.

obtengan la corona en cada uno de los Estados particulares, ya por un procedimiento constitucional, bien por un acto de fuerza, conquista o destronamiento. Una disolución circunstancial de la unión a causa de una regencia legal distinta, como es posible en las uniones personales, no puede existir en las reales, porque en éstas no sólo han de ser idénticas en todos los Estados de la unión las disposiciones sobre la sucesión al trono, sino las que se refieren a la representación del monarca impedido.

4. *La confederación de Estados.*[29] La confederación de Estados es la unión permanente de Estados independientes, unión que descansa en un pacto, por el que se unen los Estados con el fin de proteger el territorio de la confederación exteriormente y asegurar entre ellos la paz interior. Puede además añadirse la prosecución de otros fines. Esta unión necesita una organización permanente para que puedan ser realizados los objetivos de la confederación. Mediante la nota de permanencia, la unión no está meramente limitada a determinados *casus foederis;* y por esto, así como por la existencia de órganos permanentes, eleva la confederación sobre todas las formas de alianza defensiva.

La confederación no disminuye jurídicamente la soberanía de los Estados confederados, sino que, más bien, se obligan éstos mutuamente, con el fin de conservar su soberanía, a ejercitar ciertas funciones, bien sólo en común, o al menos a hacerlo en común, bajo determinadas circunstancias. Estas funciones corresponden, en primer lugar, dado el fin de la unión, a las relaciones internacionales con los demás Estados. El ejercicio en común del derecho de la guerra y la paz, de acordar tratados y nombrar embajadores dentro de los límites que marca la confederación, son esenciales a la naturaleza de éste, la cual, como toda unión, tiene un poder para unir. Pero este poder, que cuida de la administración, de los asuntos de la confederación, no es un poder estatista, pues carece de *imperium* sobre los asuntos de los Estados de la confederación, y no tiene medios de derecho público para que su voluntad se cumpla; más bien habrá de recurrir, frente a los miembros de la confederación que se muestren rebeldes, a una coacción de derecho internacional, que en aquellos casos en que no hay ninguna fijación por pacto toma el carácter de guerra, y en otros, el de ejecución federal. Ésta, precisamente, aplica también las reglas de la coacción internacional, tales como, por ejemplo, la intervención armada de

[29] La literatura sobre la confederación de Estados y el Estado federal es abundantísima. Puede hallarse una bibliografía muy amplia en Bushnell Hart, *Introduction to the study of federal government*, Boston, 1891, pp. 178-192, la cual no es completa. Véase, además, Le Fur, X-XVII. Por lo que se refiere a la concepción científica de ambas formas de unión, corresponde sin duda alguna a la ciencia alemana el lugar preeminente. La nueva literatura alemana, así como las más importantes extranjeras, están indicadas en Laband, I, p. 51, nota, y G. Meyer, p. 39, n. 1.

varios poderes para el mantenimiento de las obligaciones internacionales por parte de un tercero.

La opinión opuesta, según la cual la confederación tiene un carácter corporativo, a cuyo poder, por tanto, atribuye derechos de soberanía sobre los Estados que la forman,[30] conduce necesariamente a incluir la confederación en la categoría de Estado, y por tanto, desaparece toda diferencia esencial entre ella y el Estado federal.[31]

La afirmación que siempre renace sobre la soberanía del poder federal en la confederación, se debe a un fenómeno de la vida de ésta, que no se puede desconocer. La confederación, tanto en lo exterior como respecto a sus miembros, parece obrar como unidad cuya voluntad está enteramente separada de la de sus miembros. Pero frente a esto necesita afirmarse que el número de las confederaciones es escaso y la organización del derecho internacional muy poco consistente para que se pueda probar de este modo la existencia de corporaciones internacionales superiores a los Estados miembros y dotadas de voluntad. Dentro del Estado existen, sin duda alguna, una multitud de formaciones, ya sociales, ya corporativas. Pero sería inexacto, metodológicamente, deducir de la existencia de estas formaciones internas del Estado, la existencia de formaciones supraestatistas con este mismo carácter. Sería puro derecho natural, prescindir del aspecto positivo del derecho internacional, subordinar las relaciones de éste, sin más, a un concepto nacido dentro de un sistema jurídico interior al Estado, y colocar junto a la personalidad del Estado, generalmente reconocida por el derecho internacional, la de la corporación de aquél.[32] La comunidad firme y la pluralidad de una unidad de Estados produce los mismos efectos políticos. Resulta que basta aquella

[30] Véase especialmente G. Meyer, *Staatsrecht*, p. 40; Brie, *Theorie der Staatenverbindungen*, pp. 84 ss.; Haenel, *Staatsrecht*, I, p. 118; Le Fur, pp. 511 ss.; Von Stengel, en *Schmollers Jahrbuch*, pp. 795 ss. y 1 132 ss.; Rehm, *Staatslehre*, pp. 86 ss., quiere distinguir dos clases de confederación, una con carácter de sociedad y otra corporativa.

[31] A esta consecuencia inevitable sólo podía sustraerse la teoría de G. Meyer, según la cual la comunidad política es el concepto amplio y el Estado el más estricto. Que la confederación es un Estado, lo afirma desde su punto de vista muy consecuentemente Von Stengel, p. 1136. Cuando Rehm, *Staatslehre*, p. 88, n. 1, dice que el concepto Estado implica soberanía inmediata sobre los individuos, y que esto falta en la confederación, se hace imposible a sí mismo el considerar como Estado a un Estado superior con relación a los Estados vasallos, como sucede en Turquía, o un Estado del tipo del feudal, en el cual los territorios formasen verdaderamente Estados, y en el que el señor supremo sólo ejerciese soberanía directa sobre los señores vasallos. Pero en la p. 104, este mismo autor incluye relaciones de esta naturaleza en el concepto de Estado. Esta contradicción no puede él resolverla. Conciben la confederación como Estado: Cloeppel, *Dreissig Jahre deutscher Kämpfe*, pp. 26 ss., y Affolter, *Hirts Annalen*, p. 829. Contra ambos pueden verse las acertadas observaciones de Anschütz en la obra de G. Meyer, *Staatsr.*, p. 41, notas 2 y 4.

[32] Véase *Lehre von der Staatenverbindungen*, pp. 177 ss., donde, en lo que respecta a la naturaleza de la personalidad del Estado, he mantenido un punto de vista distinto del que actualmente defiendo.

comunidad que descansa en el pacto para explicar los fenómenos análogos a los de corporación de la vida de la confederación. Pero si se quiere encontrar una analogía en la organización jurídica interior de un Estado, la única que podemos aplicar es la que ofrece la asociación con órgano común. La confederación puede, por tanto, ser designada, con la reserva propia de toda analogía, como una comunidad internacional con órgano común.[33]

El poder de la unión de la confederación sólo se ejerce sobre los miembros, esto es, sobre los Estados, por lo cual se aplica no más que a los órganos supremos del Estado. Pero la confederación no tiene un poder sobre los ciudadanos particulares de los Estados. Por lo que ésta no ofrece, como tal, una ciudadanía al individuo, ni una garantía de que sus conclusiones sean acatadas por todos los miembros de ella. La ejecución federal depende, como todo medio coactivo del derecho internacional, de las relaciones mutuas de poder de los miembros de la confederación. Así, por ejemplo, en la alemana, la ejecución federal con relación a los grandes Estados es una palabra vacía, y el cumplimiento de las resoluciones de la confederación depende realmente en ellos de su buena voluntad. Como los Estados miembros son soberanos, toda cuestión se presume siempre favorable a ellos, y se resuelve, por tanto, contra la competencia del poder federal. La ampliación de ésta sólo puede tener lugar por acuerdo unánime de los miembros, mientras que dentro de la competencia son posibles decisiones tomadas por mayoría, las cuales de ningún modo pueden considerarse como prueba de una superioridad del poder federal sobre los Estados. El que se admitan decisiones por mayoría no es suficiente para conferir a una asociación un carácter corporativo. Las decisiones por mayoría pueden ser tomadas tanto por corporaciones como por sociedades simples, y en unas y otras con fuerza para obligar a los miembros.

Las confederaciones de Estados pueden tener instituciones administrativas comunes, autoridades comunes; pueden participar en sus acuerdos las delegaciones parlamentarias de los Estados miembros, como se indicó ya en el proyecto de reforma propuesto por Austria para la confederación alemana en 1863. Todo esto no destruye el tipo de la confederación de Estados, con tal que los acuerdos de la confederación necesiten para ser ejecutados un acto de voluntad de los Estados miembros. El ejército de las confederaciones consistía siempre, hasta ahora, en contingentes de los Estados particulares, y sus rentas provienen de las contribuciones de los miembros; pero puede también suceder que existan renta y ejército comunes. En tanto que el principio de la soberanía de los Es-

[33] Véase la exposición de las comunidades de este orden en Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, pp. 682-683.

tados miembros esté reconocido jurídicamente, las uniones de esta naturaleza, cualquiera que sea la forma que revistan, ostentarán siempre el carácter de una confederación.

Todas las que se han formado en los tiempos modernos han ofrecido el tipo de que nos hemos ocupado. Sólo ellas pueden servir para adquirir uno que, en cuanto unión de Estados con carácter internacional, suponga una organización jurídica internacional muy desarrollada. Las uniones de ciudades de la Edad Antigua y de la Edad Media no pueden ser comparadas, sin incurrir en error, con las comunidades confederadas de los tiempos modernos, tanto a causa de la diferencia total entre las relaciones antiguas y las actuales internacionales, cuanto por la situación diferente del Estado. Ni la liga Aquea ni la de la Hansa pueden servirnos para la comprensión de la moderna confederación de Estados.

La ciencia, aun cuando haya tenido en cuenta todas las formaciones antiguas, ha partido, para la fijación del tipo de la confederación de Estados, exclusivamente de las uniones modernas. La confederación de los Países Bajos, la de los Estados Unidos de América de 1776-1787, la confederación suiza, 1815-1848, la confederación del Rin y la germánica, son los fenómenos históricos de más importancia que han servido para abstraer de ellos el concepto de la confederación.

Enteramente distinto de este tipo fue la liga formada por los Estados rebeldes separados de la Unión americana (1861).[34] Estos Estados querían, según la enseñanza de Calhouns,[35] fundar un *federal government*, que debería tener un carácter de confederación de Estados. Los Estados confederados de América, como ellos se denominaban, debían tener un gobierno propio, que de un modo igual al de los Estados Unidos, había de ostentar un poder directo sobre el pueblo. Las propias modificaciones constitucionales podrían tener fuerza de obligar siempre que una mayoría simple las aprobase en ambas cámaras del congreso y una de dos tercios de la legislatura de los Estados; prescripciones menos difíciles de llenar que la de la Constitución de la Unión. Pero la Constitución era designada capciosamente como un contrato entre los Estados. Se reconocía igualmente de un modo expreso la soberanía permanente de los Estados de la Unión, y por tanto, se reconocía asimismo el fundamento teórico sobre el cual debía edificarse la nueva unión. La consecuencia práctica más importante era el derecho de nulidad de las leyes contrarias al derecho

[34] Véase Jellinek, *Staatenverbindungen*, pp. 87 ss. En Forster, *op. cit.*, I, pp. 111-268, se encontrará una explicación detallada de la doctrina de la secesión y nulidad, y de los hechos históricos que en ella se han fundado hasta el restablecimiento de la situación normal con la conclusión de la guerra de secesión.

[35] *A discourse on the Constitution and government of the United States, Works of Calhouns*, I, 1863, pp. 109-406.

federal, derecho reconocido en la mayoría de los Estados, y el derecho de secesión a las minorías, en el caso de un conflicto profundo que no tuviese otra manera de ser resuelto. Pero esta confederación misma, si se hubiese podido afirmar, hubiese perdurado exclusivamente por la buena voluntad de sus miembros. El poder federal, no obstante su semejanza con un poder del Estado, hubiese sido sólo el poder de una unión al que había faltado la nota más esencial del poder del Estado, o sea la capacidad incondicionada, la soberanía independiente de la voluntad de los súbditos. La presunción de competencia siempre habría sido favorable a los miembros contra la confederación, y una ampliación de la de ésta siempre hubiese dependido, exclusivamente, dado el derecho de nulidad y de secesión, de la voluntad unánime de los Estados miembros. Este intento nos enseña que es posible crear un nuevo tipo de confederación que se desvíe ampliamente del que hemos examinado.

Se puede, pues, designar como la nota necesaria y firme de la confederación la de la soberanía de los Estados miembros. Este rasgo es exclusivamente el que diferencia la confederación de la forma política más nueva respecto de la unión de los Estados, o sea el Estado federal.

Con este resultado coincide también, según otra dirección, el conocimiento jurídico. Toda unión de Estados que descansa sobre un pacto de derecho internacional depende en su existencia de que no entre en colisión con los más altos intereses particulares de los miembros. El Estado jamás se debe a un contrato, sino que el contrato es el que existe a causa del Estado. El deber de ser fiel a los contratos tiene sus límites en la existencia del Estado, que también está obligado. El cumplimiento de la ley, en cambio, puede llegar hasta el sacrificio de la asociación. La realidad política corresponde también al principio. La confederación germánica, que se declaró que habría de ser eterna, se vio deshecha, porque su existencia la ponía en lucha con los más altos intereses de su miembro más poderoso. El salir de una confederación es romper el contrato, pero no revolverse contra una soberanía. Faltar a la fidelidad a un contrato se puede justificar jurídicamente en determinadas circunstancias, pero insurreccionarse contra un poder conforme con la Constitución, jamás. "El *ultra posse nemo obligator* no puede ser puesto fuera de vigor por cláusula alguna contractual, e igualmente tampoco existe contrato alguno que pueda precisar la medida del esfuerzo con que ha de ser satisfecho el contrato cuando los intereses propios del ejecutante no estén concordes con el texto suscrito y su interpretación primitiva."[36] Además, es posible jurídicamente la disolución de una confederación por el acuerdo unánime de sus Estados miembros. Una unión estatista no puede en cambio ser disuelta

[36] Bismarck, *Gedanken und Erinnerungen*, II, pp. 249 ss.

nunca en derecho, es decir, por un procedimiento jurídico, por la voluntad de sus miembros. El suicidio político no es una categoría política.

Desde el punto de vista político, podría argüirse contra la concepción jurídica que aquí desenvolvemos, que la categoría de los Estados miembros de una confederación sólo puede tener sentido cuando se trate de un Estado grande; pero la subordinación real de los pequeños al poder federal es de tal naturaleza, que no puede hablarse prácticamente de su soberanía. Este punto de vista no es jurídico, porque los pequeños Estados, incluso si quedan fuera de una relación federal, se ven trabados en la libertad de sus movimientos por los Estados vecinos, especialmente por los grandes Estados. De aquí no debemos tomar pie para negar a los pequeños el carácter jurídico de soberano, de igual suerte que en el orden social las diferencias entre individuos y las relaciones sociales de dependencia que de aquí nacen no son suficientes a fundar distinción jurídica alguna entre las personas.

A causa de esta soberanía de sus miembros, es la confederación una forma de organización permanente de Estados poco satisfactoria para aquellos que, por tener intereses comunes, están indicados para una unión firme. La comunidad nacional, especialmente el tener una historia común, así como la independencia respecto de una soberanía común anterior, han sido los motivos principales para la formación de confederaciones; pero ninguna de ellas ha durado mucho tiempo, al menos desde que se inició el sistema de los Estados modernos, dentro del cual pudo aparecer por vez primera la confederación como una forma clara de unión y opuesta a las relaciones oscuras de la Edad Media. Las confederaciones han sido sustituidas, o por un Estado unitario, como, por ejemplo, en Holanda, o por un Estado federal. El intento que se ha hecho, en el siglo XIX, en la América central, de crear una confederación de Estados, no ha conducido a resultados permanentes. Estas confederaciones, o han ido desapareciendo una tras otra, o no han llegado a formarse. Confirman también el principio de que la confederación es difícil de conservar, por lo que se cuenta hoy ya entre las formas muertas de uniones de Estado. Como se ve por lo expuesto, las mismas formas existentes de unión real, a las cuales hemos considerado como casos especiales de confederación, no nos ofrecen perspectiva alguna de nuevos ejemplares para lo futuro.

5. *El Estado federal.* El Estado federal es un Estado soberano formado por una variedad de Estados. Su poder nace de la unidad estatista de los Estados miembros.[37] Se trata de una unión de derecho público entre Es-

[37] Laband, I, p. 56, designa como Estado federal al Estado en el cual el poder compete a la comunidad de los Estados miembros. Pero en este caso, los Estados Unidos de América no serían un Estado federal, porque el pueblo, en su unidad, aparece como órgano del poder del Estado federal, de igual naturaleza que el de los Estados. Laband mismo limita su prin-

tados, los cuales establecen una soberanía sobre los que se unen, cuyos participadores son los Estados mismos, de suerte que en conjunto son soberanos, o mejor, cosoberanos, en tanto que, tomados particularmente, por el contrario, están sometidos a determinadas obligaciones.

La posibilidad del Estado federal depende íntimamente de la doctrina que declara a la soberanía como nota no esencial al Estado, y distingue, por tanto, entre Estados soberanos y no soberanos.[38] Lo que se denomina Estado federal es, en otros casos, o una confederación o un Estado unitario. La primera doctrina se debió a la teoría de Calhouns sobre la naturaleza de la unión americana, doctrina que está representada por Seydel con relación al imperio alemán.[39] La segunda, con matices distintos, es lo de todos aquellos que, o sólo atribuyen la soberanía al Estado general en el Estado federativo, y, por consiguiente, sólo reconocen el carácter de Estado al Estado federal,[40] o consideran que el poder soberano tiene dos distintos titulares, el Estado federal y el Estado miembro, que lo ejercen conjuntamente.[41]

Los Estados miembros del Estado federal son Estados no soberanos. Sin embargo, la Constitución atribuye a los órganos supremos del poder de estos Estados, y, por consiguiente, a ellos mismos, una participación mayor o menor en la soberanía, en el ejercicio del poder del Estado uno. La organización del Estado federal descansa en una Constitución que es su propia ley, y que no puede ser modificada sino por otra del Estado federal, mas nunca por la voluntad de los Estados miembros, aunque sea

cipio, en tanto en cuanto habla solamente de la participación de los Estados en la formación de la voluntad común. Esta formulación es más cauta y obtiene la aprobación de Rehm, *Staatslehre*, p. 86. En cuanto a los Estados miembros, sólo le atribuye una participación en el poder del Estado federal.

[38] La distinción entre Estado soberano y no soberano fue aceptada por vez primera para la doctrina de las modernas relaciones federales por G. Meyer, *Staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung*, 1872, pp. 2 ss. Puede ser considerada hoy como la teoría más difundida para la explicación del Estado federal.

[39] Véase especialmente *Der Bundestaatsbegriff* (1872). *Staatsrechtliche und Politische Abh.*, pp. 1-85, y *Kommentar zur deutschen Reichsverfassung*, pp. 1 ss. La teoría de Seydel no ha hallado entre los publicistas de más nombre ningún secuaz. La crítica más nueva y profunda de su doctrina puede hallarse en Rehm, *Staatslehre*, pp. 127 ss. Últimamente O. Mayer, *Republikanischer und Monarchischer Bundesstaat*, *Arch. f. öff. Recht.*, XVIII (1903), p. 337, intenta fundar respecto del reino alemán una teoría análoga a la de Seydel; pero no refuta ninguna de las objeciones de que ha sido objeto la doctrina de Seydel sobre este punto.

[40] Así, por ejemplo, Zörn, I, pp. 71 ss.; Borel, *Étude sur la souveraineté et l'État fédératif*, 1886, pp. 167 ss.; Le Fur, pp. 686 ss.; Combothecra, p. 139; Willoughby y Burgess. Véase cap. XIV de esta obra.

[41] Especialmente Haenel, *Studien*, I, pp. 63 ss., y *Staatsrecht*, I, pp. 200 ss. y 793 ss.; Gierke, *Schmollers Jahrbuch*, 1883, pp. 1 157 ss.; Bornhak, *Allgemeine Staatslehre*, p. 246; O. Mayer, II, pp. 462 ss. Véanse además las críticas acertadas de Laband, I, pp. 76 ss., y Rehm, *Staatslehre*, pp. 120 ss., el cual hace notar muy justamente que esta doctrina, llevada hasta el fin, conduce a una identificación entre el Estado federal y el unitario.

unánime, si se expresa en una forma distinta de la que establece la Constitución. En la medida en que prevalezca la soberanía del Estado federal, pierden los Estados miembros su carácter de Estado. Dentro de esta esfera, o les falta completamente actividad externa, sustituyendo la administración federal a la propia de cada uno de los Estados, o conservan éstos el carácter de corporaciones con autonomía administrativa, según el tipo de las asociaciones municipales, en tanto que éstas ejercen por sus propios órganos la administración, según las leyes y bajo la inspección del Estado federal.[42]

En el Estado federal hay una pluralidad de Estados fundidos en una unidad; esto es, en tanto que domina la competencia del poder del Estado federal, desaparecen las diferencias que separan entre sí a los Estados miembros. Por esto, territorio y pueblo de los Estados miembros forman una unidad en el Estado federal. La tierra de los Estados miembros es el territorio del Estado federal, y el pueblo de aquéllos es el de éste. De estos Estados que forman la unidad nace el poder del Estado federal, bien sea porque los gobiernos de los Estados miembros, en su unidad, forman el poder supremo del Estado federal, ya porque los órganos particulares del poder del Estado federal nazcan de la unidad del pueblo federal conforme a la Constitución, como pasa con el presidente de la república federativa. También en el segundo caso se reconoce a los Estados el derecho a participar en el poder federal; de suerte que los Estados miembros son órganos de este poder, lo que significa, en general, una exaltación de su influjo político y de la situación del poder. Todos los Estados republicanos federales tienen una de sus dos cámaras organizada como cámara de los Estados, en la que todos éstos son iguales por tener igual número de representantes. La cámara de los Estados —senado— satisface además en los Estados Unidos de América las funciones de un consejo de Estado, que limita en distintas direcciones la actividad del presidente. En la mayor parte de los Estados federales se concede a los Estados un voto decisivo para la modificación de la Constitución.[43] Hay además otras determinaciones que tener en cuenta al tratar de la organización del poder federal en los Estados, como, por ejemplo, la relativa a los círculos electorales en el imperio alemán y en Suiza, donde jamás comprende terri-

[42] Véase Laband, I, pp. 96 ss.

[43] En los Estados Unidos, dos tercios de la legislatura de los Estados bastan para gozar del derecho de iniciativa de reforma constitucional, y son necesarias tres cuartas partes para la ratificación de las modificaciones acordadas. En Suiza (Constitución federal, art. 93), todo cantón tiene un derecho de iniciativa legal, y la mayoría de los cantones, juntamente con la de los ciudadanos suizos, decide la revisión. Las relaciones en los demás Estados americanos (México, Argentina, Venezuela, Brasil) puede verse en Le Fur, *op. cit.*, pp. 219 ss. Si estos Estados quedan o no, realmente, dentro del concepto del Estado federal, no es cuestión que podemos tratar aquí.

torio de varios Estados; la división del consejo federal suizo en distintos cantones, y por último, el derecho establecido en la Unión norteamericana por la ley electoral, en la que se fijan al mismo tiempo las condiciones para la elección de representantes en las cámaras y para la elección de presidente.

El carácter federalista manifiéstase especialmente en la unión de los órganos de los Estados para formar un órgano colegial, organizado del Estado federal, mientras que los órganos restantes tienen un carácter unitario.[44]

En tanto que la actividad de los Estados miembros obra dentro de la esfera en que están libres del poder federal, mas sólo en este tanto, conservan su carácter de Estados, si bien el uso corriente del lenguaje no se hace cargo de esta distinción jurídica y considera siempre como Estados a los miembros de un Estado federal en todas sus relaciones. Las distintas cualidades de los miembros federales necesitan ser cuidadosamente diferenciadas para poder comprender de un modo acertado la naturaleza jurídica del Estado federal. El conocimiento jurídico de los miembros de la federación impide concebir al Estado federal como una corporación de Estados.[45] Este concepto lleva consigo infinidad de contradicciones, y, por tanto, no es realizable. La corporación de Estados debe dominar sobre sus miembros, pues en tanto una asociación es dominada por otra, pierde su cualidad de Estado. Dominar es una actividad necesaria al Estado: sólo es Estado una asociación en cuanto puede dominar. El Estado miembro, por tanto, es Estado si no se halla sometido al poder del Estado federal y pierde el carácter de tal, como de otra parte reconocen los que tienen un exacto concepto del Estado federal, en cuanto queda sometido al poder de éste.

En el campo de acción en que domina el Estado federal, el Estado miembro sólo existe en cuanto tiene el derecho a exigir prestaciones de aquél y a participar en el ejercicio de su soberanía. En esta soberanía o dominación, claro es que él toma parte como todo Estado miembro, no como el único, sino como órgano del Estado total. Los miembros del Estado federal son como tales, esto es, en cuanto participan en la soberanía de la federación, no Estados, sino órganos del Estado federal, y en tanto están sometidos y pueden, sin embargo, exteriorizar una voluntad independiente, son agrupaciones no estatistas. Sólo la identidad física de estas agrupaciones con el Estado miembro es la que conduce a la falsa con-

[44] Debemos hacer notar a este propósito que la relación entre federalista y unitario es de carácter realista. Jurídicamente todos los órganos del Estado federal, incluso los grupos de Estados o el órgano que los represente, están unidos entre sí de un modo análogo a los colegios parlamentarios de los Estados particulares.

[45] Para el imperio alemán, véase Laband, I, pp. 91 ss. En sentido contrario, Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 281 ss.

cepción de que el Estado miembro, como tal, está sometido al Estado federal. Aquél, por consiguiente, sólo tiene un carácter estatista, considerado en dos direcciones: como comunidad que está libre del poder del Estado federal, y como titular de exigencias jurídicas de carácter público con respecto al Estado federal y de acuerdo con la Constitución de éste.

El Estado federal no es una corporación de Estado, de igual suerte que el Estado unitario no puede concebirse como una asociación formada por la reunión de los municipios del Estado. Puede ser comparado, en tanto que domina en su esfera, con el Estado unitario. Al igual que éste domina también sobre su territorio y su pueblo, sin que esta dominación en su propiedad estatista pueda ser mediatizada por los Estados miembros. Mas se diferencia del Estado unitario en que, no obstante la unidad estatista, los Estados miembros conservan su carácter de tales en aquello que no es de la competencia de la federación, especialmente en su organización, y además en que los órganos supremos de estos Estados, monarca, senados de las ciudades libres, pueblo o legislaturas en la república, son ellos mismos órganos del poder supremo federal, o sirven para crearlos. Este enlace entre el titular del órgano del Estado miembro con el del Estado federal es muy peculiar y constituye una relación que no se encuentra en otra parte, porque los órganos de un Estado, en los demás casos, sólo pueden pertenecer a él y no a otro Estado; mas como no puede existir un derecho independiente de un órgano del Estado, sino que ha de ser al propio tiempo derecho de éste, resulta que la situación del órgano de un Estado miembro en el Estado federal hace de aquéllos los titulares de los órganos de la unión.[46]

Mediante estas dos notas distínguese el Estado federal de la otra forma de unión entre los Estados, que llamamos Estado de Estados. En ésta, los Estados sometidos no forman con el superior una unidad interna, por lo cual sus elementos sólo son dominados de un modo indirecto por el Estado superior, cuyo objeto inmediato de soberanía es el gobierno de los Estados inferiores, faltando completamente, de otra parte, toda unión orgánica entre el Estado inferior y el superior.

El Estado federal descansa en una organización conforme a la Constitución y no conforme a contrato. Si ocupa el lugar de Estados que hasta entonces han permanecido sin relaciones políticas entre sí, su fundación va precedida de contratos que se proponen su constitución. Otra cosa sucede cuando un Estado unitario, o un país sometido, se transforma en Estado federal, como sucedió con Venezuela, México, Argentina y Brasil, donde los Estados particulares sólo pudieron organizarse en virtud del consentimiento de la Constitución federal. Estas últimas formaciones

[46] Véase *System*, pp. 300 ss.

resisten a todo intento de interpretación en un sentido de confederación de Estados, pues tal afirmación se ve contradicha por la evolución histórica de estos Estados.

Si preceden, a la fundación de un Estado federal, contratos con los miembros futuros de la federación, tales contratos no pueden considerarse jamás como el fundamento jurídico del Estado federal. Porque ¿qué orden jurídico puede unir mediante el pacto los Estados y los efectos que se han de seguir de la fundación del Estado? Ciertamente que no será el orden jurídico propio del Estado que se va a fundar, ni tampoco el de los Estados fundadores. Baviera, por ejemplo, no podía fundar, según el derecho bávaro, el imperio alemán. Que el derecho internacional haga nacer Estados de tratados internacionales, es una *petitio principii,* o más bien la conversión de un principio de derecho natural en principio positivo perteneciente al derecho internacional.[47]

La fundación del Estado federal es un hecho nacional[48] que no puede ser objeto de una construcción jurídica; de igual suerte que tampoco puede serlo el acto de fundación de un Estado.[49] Este hecho nacional se

[47] Véanse pp. 221 ss. El más importante representante de la teoría del contrato para explicar el origen de la confederación de la Alemania del Norte es G. Meyer, *Staatsrecht,* pp. 17 ss. En la p. 181 del mismo libro se indican los partidarios de su doctrina. En la nueva literatura ha sido interpretado por muchos desde Kuntze, *Der Gesamtakt, Festgabe der Leipziger Juristen fakultät für Otto Müller,* 1892. pp. 80 ss., la fundación del Estado federal como un acto común de los Estados fundadores. Véase, por ejemplo, Fleiner, *Die Gründung der Schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848,* 1898, pp. 36 ss.; Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* pp. 68 ss.; asimismo Robinson, *Zeitsch. f. d. ges Staatsw.* LIII, 1897, p. 615. Esta doctrina olvida, al igual de las demás construcciones jurídicas sobre el origen del Estado federal, que éste, como todo otro Estado, tiene originariamente una existencia social prejurídica, con la que el orden jurídico se enlaza, pero la cual no puede crear. El mismo Kuntze opina (p. 82) que así como un Estado puede ponerse por una decisión libre bajo la superioridad de otro Estado, o ser absorbido por él, de igual suerte puede también fundar con otros Estados uno nuevo. Mas, al decir esto, desconoce Kuntze completamente la distinción profunda que separa a estas dos partes. Justamente la nueva creación de un Estado no podría explicarse mediante el caso primero en que un Estado entra a formar parte de otro que ya existe.

[48] Este principio ha sido mal comprendido por muchos. Así, por ejemplo, Zörn, *Hirths Annalen,* 1884, p. 477. Este autor opina que con tal afirmación opongo el elemento popular al elemento dinástico. He tenido presente, sin embargo, más bien la nación, en el sentido cultural, esto es, considerada como la totalidad de los elementos del pueblo que funda el Estado. Guillermo I y Bismarck pertenecían, sin duda alguna, a la nación alemana; pero Laband arguye contra mí (I, p. 91, n. 1) que el pueblo alemán no es una creación de la voluntad del Estado unitario, sino la unidad estatista del pueblo alemán; mas este principio depende de que se acepte o no que la fundación de la confederación de la Alemania del Norte es o no explicable jurídicamente. Si se rechaza la doctrina última, resulta necesario admitir el principio combatido por Laband, el cual es la consecuencia de una concepción fundamental claramente fijada.

[49] Véanse observaciones más detalladas en *Lehre von den Staatenverbindungen,* pp. 256 ss. También está de acuerdo Zörn, I, p. 30; Liebe, *Zeitschrift für d. ges. Staatswissensechaft,* 1882, pp. 634 ss.; O. Mejer, p. 301; Borel, pp. 71 y 130; R. Hudson, The North German Confederation, *Political Science Quarterly,* VI, 1, Nueva York, 1892, p. 433; Bornhak, *Staatslehre,*

lleva a cabo por los Estados en su aspecto de poderes histórico-sociales. Los pactos entre Estados, previos a la fundación del Estado federal, tienen importancia jurídica, porque fijan las condiciones bajo las cuales los futuros Estados miembros entran en el Estado federal que se va a formar, y las condiciones bajo las cuales se obligan mutuamente. El ingreso se perfecciona por el sometimiento al Estado federal, por el que hallan satisfacción plena, al propio tiempo, las convenciones anteriores. Ésta es la razón por la cual los pactos sobre la fundación del Estado federal tienen tanta importancia práctica. Revelan que los Estados miembros han querido la fundación de un Estado federal, y además, que la fundación no contradice del derecho interno de los Estados miembros. Por tanto, los Estados reconocen el acto de la fundación del Estado y a éste mismo, de donde nace que nadie tenga derecho a negar el reconocimiento al nuevo Estado. Es un principio de derecho internacional que si los Estados que se ven afectados en sus derechos por la formación de un nuevo Estado reconocen a éste, las terceras potencias están obligadas a su reconocimiento. Cuando Suiza, en 1848, se transformó en un Estado federal, declararon las nuevas potencias[50] que sólo reconocerían esta transformación cuando fuese unánimemente consentida por los cantones. La Constitución fue puesta en vigor después de haber sido aceptada por 15 cantones y medio, y cuando los seis y medio disidentes se unieron de hecho a la federación, a pesar de haber rechazado la Constitución,[51] fue reconocido el consejo federal de la confederación, y por tanto el nuevo Estado, por todas las potencias. Asimismo fue reconocida la confederación de la Alemania del Norte, fundada sin cesión alguna a los derechos de sus miembros, tan pronto como Austria, en virtud de la paz de Praga, consintió en la disolución de la confederación alemana. Igualmente el imperio alemán fue reconocido al punto por todas las potencias, lo cual sucedió de un modo implícito al establecer con él relaciones diplomáticas.

El acto de la fundación del Estado federal mismo; el pacto de los Esta-

p. 245. Laband mismo (véase *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, en *Marquardsens, Handbuch*, 1ª ed., 1883, p. 11) mantuvo también este punto de vista primitivamente; pero ahora no se expresa con claridad sobre esta cuestión (I, pp. 35 ss.), esto es, acerca de si la fundación de la confederación de la Alemania del Norte fue o no un acto jurídico. La invocación de Kuntze parece indicar que Laband ha aceptado la teoría del acto común *(Gesamtakt)*. Es muy singular la situación en que se coloca Haenel respecto al problema del origen del Estado federal. Discute *(Staatsrecht*, I. pp. 35 ss.) la doctrina que considera que el Estado federal no puede ser derivado jurídicamente de un contrato, y dice (p. 31) que la confederación es un hecho que se ha realizado porque aquellos que fueron llamados para esto, según la Constitución convenida, se erigieron en órganos de la confederación; pero esto no quiere decir sino que los orígenes de la confederación fueron simplemente un hecho, tanto más cuanto que, según afirma Haenel, la Constitución misma sólo podía alcanzar fuerza jurídica por la voluntad de los órganos efectivos (p. 32).

[50] Austria, Prusia y Francia, en nota de 18 de enero de 1848.

[51] Véase en la literatura moderna, Fleiner, *op. cit.*, pp. 21 ss. y 39 ss.

dos particulares para la creación de una Constitución; la formación de la Constitución por una asamblea constituyente y el gobierno; el asentimiento a la Constitución así formada por las cámaras de los Estados particulares y la promulgación de la Constitución por los gobiernos de cada Estado, son causas que evitan el que se considere la Constitución federal como si se tratase de una ley particular. Entre todos estos hechos y el origen del Estado federal queda una laguna jurídica y un vacío que no puede llenarse por deducción alguna. Jurídicamente, toda derivación del acto de fundación de un Estado de un suceso de carácter jurídico, o presenta un aspecto de escolasticismo infructuoso, o conduce, llevado de un modo consecuente hasta el fin, a la aniquilación del carácter estatista de la confederación. Todo lo que sea referir la formación de un grupo nuevo a la voluntad de los que lo han constituido es hacer de los constituyentes los creadores permanentes del grupo, pues falta un orden jurídico superior a los Estados que sea capaz de disolver en sus fundamentos aquella formación debida al contrato, al pacto, al acto común, o como quiera llamarse el acto de fundación.[52] No se comprendería, pues, por qué

[52] Esto lo desconoce G. Meyer (p. 179) en la polémica contra mí. Reconozco la posibilidad de que puedan crear los Estados mediante pacto un derecho objetivo, pero este derecho siempre había de ser derecho internacional. ¿Cuándo se ha afirmado, como un principio de derecho internacional, que los Estados federales puedan nacer por un contrato? Ni ha sido este principio pactado, ni descansa tampoco en el derecho consuetudinario. No pertenece al *jus gentium*, sino al *jus naturae*. Von Stengel, *op. cit.*, pp. 1125 ss., dirige su polémica contra mi punto de vista, pero tomando como base la obra de Borel, que expresamente se adhiere a mi opinión (*op. cit.*, p. 42). La doctrina del origen contractual de la confederación de la Alemania del Norte ha sido presentada de una manera nueva por Loening, *Grundzüge der Verfassung des Deutschen Reiches*, 1901, p. 21. Los Estados se habían obligado a organizar el poder al cual se habían sometido; pero la cuestión fundamental, a saber: cómo y según qué derecho los Estados han podido crear un poder distinto de sí mismo, no está resuelta. Además, este poder, al que deben estar sometidos los Estados, permanece en el aire, pues el poder del Estado adviene tal por el sometimiento de los Estados, y antes de esto, como organización de un Estado aún no existente, no sería nada jurídicamente, y, por tanto, jurídicamente no podría someterse a él ningún Estado. Anschütz, *Enzyklopädie*, p. 506, con más claridad que Loening, funda el Estado federal en un pacto internacional que trae a la vida una unidad estatista, que descansa exclusivamente en su propia voluntad; pero el propio Anschütz no prueba la existencia del principio del derecho internacional de que habla, ni los efectos jurídicos afirmados por él, sino que supone esta norma jurídica dada. La afirmación última de Anschütz en la obra de G. Meyer, p. 180, a saber: que los Estados pueden crear otros por derecho consuetudinario (afirmación que hasta ahora nadie había hecho), descansa en una confusión de los actos históricos con los jurídicos. Es preciso ser muy cautos, cuando se trata de estas cuestiones, para invocar el derecho consuetudinario; nada más fácil que el deducir, en vista de la historia moderna de los pueblos latinos, un derecho consuetudinario a la revolución, del propio modo que hay casos que sirven de precedente para legalizar todo atentado jurídico al derecho internacional en nombre del derecho consuetudinario. Y ¿por qué no habría de poder el Estado federal fundado sobre el derecho consuetudinario ser disuelto de nuevo por sus miembros, conforme al derecho consuetudinario, si éstos estaban convencidos de la necesidad jurídica de su acción? De todas estas concepciones nos resguarda la consideración de que el sistema del derecho público no es un sistema cerrado ni puede serlo.

el Estado federal no podría ser dividido de nuevo, en sus partes, por la disolución del pacto o mediante un nuevo acto común. ¿Cómo se puede fundar jurídicamente la renuncia absoluta de los Estados al derecho de anular el contrato o revocar el acto común? ¿Dónde está la doctrina incuestionable de derecho internacional —sólo de una doctrina de tal naturaleza se puede tratar aquí— que pueda prohibir de un modo absoluto esa renuncia? ¿Por qué no ha de poder ser disuelto nunca el imperio para poner en su lugar uno nuevo con otro Reichstag? Esta teoría, que no se puede discutir jurídicamente, ha sido formulada —y es objeto de cuestión para fines políticos— sobre la base de la doctrina de los orígenes contractualistas del imperio alemán.[53] El imperio es para nosotros un Estado, y el salirse del imperio, así como su disolución, lo consideramos imposible jurídicamente, porque estamos convencidos de que el imperio es un Estado. Esta convicción, fundada sobre un hecho histórico, es sobre la que descansan todas las deducciones jurídicas del origen del imperio; pero esta deducción no añade nada nuevo a la convicción. Quien considere que el imperio no es un Estado hallará también una teoría para fundamentar esta convicción; así lo muestra la oposición entre las concepciones fundamentales acerca de la naturaleza del imperio. Todos los tratadistas del derecho político que han construido jurídicamente al imperio tuvieron primero una convicción política sobre su naturaleza, y más tarde buscaron una justificación jurídica.

Los miembros del Estado federal, o existen en el momento de su fundación, o entran más tarde a formar parte de él. En este último caso hay que distinguir dos posibilidades: 1ª, que los Estados miembros que entran a formar parte del Estado federal hayan estado hasta entonces fuera de él, y en ese caso el ingreso en el Estado federal tiene lugar mediante un contrato de sometimiento, pues si bien es verdad que mediante el contrato no puede nacer ningún nuevo Estado, esto no impide que un Estado ya existente se someta a otro mediante contrato. La creación de un Estado no se ha de valorar jurídicamente, pero el entrar a formar parte un Estado de otro, sí ha de ser jurídicamente estimado, 2ª, y ésta es la segunda posibilidad, el Estado federal concede el poder que le compete sobre

[53] Véase la enérgica repulsa de tal punto de vista en Zörn, *Reich und Reichsverfassung*, 1895, pp. 3 ss. Posteriormente ha sido mantenida esta doctrina con un determinado fin político (posibilidad de reformar la Constitución sin el concurso del Reichstag), y ha sido objeto de una oposición vivísima de todas partes. Véase Von Jagemann, *Die deutsche Reichsverfassung*, 1904, pp. 30 ss. En ella se muestra a qué juegos más peligrosos se presta esta doctrina llena de contradicciones del origen contractual del imperio. O. Mayer, en el *Archiv. f. öff. R.*, XVIII, p. 364, declara que el imperio es una alianza de monarcas, y encuentra que la garantía del mismo, p. 370, descansa en la fidelidad de los príncipes a la alianza. ¡Garantía muy débil, como ha mostrado claramente la historia de la confederación germánica!

un territorio que le pertenece, en la esfera que abarca el poder de sus Estados miembros, y entonces crea las condiciones para una organización estatista independiente de este territorio, que hasta aquel momento fue una provincia o un país. En este caso no es necesario fundar el sometimiento al Estado federal, pues ello es un resto de la sujeción general en que anteriormente había estado. Mediante este procedimiento se puede transformar un Estado unitario en federal, como lo han mostrado recientemente los Estados Unidos del Brasil. Aquí fueron creados los Estados miembros, mientras que el Estado central ya existía, y mediante la organización federal que recibió, tuvo lugar un cambio constitucional. Este cambio es muy interesante, especialmente para la doctrina del origen y posibilidad jurídica del Estado federal. La situación de los Estados miembros en el Estado federal es igual, esencialmente, para todos. Por esto, cualquier desviación de este principio ha menester de una particular fijación constitucional. Pero estas desviaciones pueden ser objeto de una gran variedad. La participación de los Estados particulares en el Estado federal es susceptible de grados. Cabe el que existan diferencias en el derecho electoral, o que se atribuya una situación de hegemonía a un Estado, como acontece en el alemán, y puede la esfera política de algunos Estados federales ser objeto de una mayor extensión, como acontece en el imperio alemán a causa de los derechos reservados a algunos Estados miembros.

Así, pues, los Estados miembros, de igual suerte que los individuos, han de ser considerados jurídicamente bajo cuatro relaciones.[54] Considerados en su sometimiento al Estado federal, están desprovistos de un carácter estatista; pero tienen también una esfera libre de la soberanía del poder federal, en la que se muestra aquel carácter suyo. Tienen derecho a exigir prestaciones del Estado federal, precisamente por su condición de Estados; por último, tienen, en cuanto Estados, el derecho a exigir la situación de órganos en el Estado federativo, si bien ejercen estas exigencias, no como Estados particulares, sino como órganos del poder del Estado federal. Así, por ejemplo, es un derecho de los Estados americanos nombrar al senado; pero el Senado mismo, por el contrario, no ejerce derechos de los Estados, sino derechos de la Unión.

Mediante estas relaciones permanentes ostentan los Estados miembros, con respecto al Estado federal, cualidades distintas que los colocan en situaciones jurídicas relevantes. También se distinguen en esto del Estado soberano, pues sólo les es propia su existencia como Estados.[55]

[54] Véase *System*, pp. 295 ss.

[55] La consecuencia exacta de la doctrina del contrato, que vale también para la teoría del contrato común, la ha mostrado Seydel al mantener que el imperio, jurídicamente, es disoluble. (Véase *Kommentar zur Reichsverfassung*, pp. 33 ss.) Para una disolución de esta

El poder federal goza del derecho y el deber de representar al Estado federal en el exterior, así como el derecho exclusivo sobre la guerra y la paz. Si los Estados miembros han de conservar personalidad internacional, y en qué medida, y si pueden mantener, por tanto, relaciones con poderes extranjeros o entre sí o con el Estado federal mismo en forma internacional, son pormenores que dependen de lo que determine la Constitución federal. Además, el Estado federal tiene su ejército propio, aun cuando a los Estados miembros le queden algunos derechos en lo que a esta cuestión respecta. Cuenta sus rentas propias independientes de la voluntad del Estado miembro, y su hacienda independiente. Si sus rentas son completadas por los Estados miembros, existe una contradicción con el tipo de la hacienda federal; pero no obstante, y a pesar de toda analogía exterior, se diferencia esta hacienda de la de una confederación en que las prestaciones, en el primer caso, no se deben a un pacto, sino a un deber de obediencia al Estado federal. El Estado federal, finalmente, tiene su sistema propio de actividad distinto del de los Estados miembros, y por medio de aquél ejerce los derechos de soberanía que le competen. Las autoridades de los Estados miembros, o no están subordinadas al poder del Estado federal, como en los Estados Unidos, o están obligadas, como acontece en Alemania y Suiza, a participar en nombre del Estado federal en la administración de éste, por lo cual tienen el carácter de autoridades mediatas de la federación. Las funciones del Estado federal, o le competen a él exclusivamente, o las ejerce conjuntamente con el Estado miembro; pero siempre el derecho del Estado federal precede al de los Estados miembros. Otro tanto ocurre con las disposiciones del Estado federal que descansan en un fundamento legal, con respecto a las de los Estados miembros, siendo ésta una de las notas más importantes que distinguen al Estado federal de la confederación de Estados.[56] La organización jurídica del Estado miembro sólo puede enclavarse dentro de las limitaciones puestas por el Estado federal.

A causa del doble poder estatista que domina en el Estado federal, el

naturaleza, exige el consentimiento unánime de todos los miembros de la confederación y la observancia de las mismas formas que si se tratase de modificar la Constitución, y rechaza la doctrina del derecho de secesión de cada uno de los miembros particulares de la unión, lo cual, prácticamente, conduce a afirmar la indisolubilidad del imperio. La doctrina de la secesión de Calhouns es completamente consecuente, y concuerda con la teoría del derecho internacional en aquella parte en que éste afirma que los tratados internacionales perpetuos son inadmisibles, y que nunca un Estado está obligado a sacrificar sus intereses supremos a la fidelidad de un contrato.

[56] Este principio se encuentra formulado expresamente en las constituciones del imperio alemán, art. 2°; Estados Unidos de América, art. 6°, § 2°; Suiza, art. 116, último párrafo; Argentina, art. 31; México, art. 126; Venezuela, arts. 13 a 18. Véase Le Fur, p. 544, según el cual este principio es tan consustancial a los Estados federales, que aun cuando no esté formulado expresamente, se ha de considerar sobrentendido.

territorio y el pueblo aparecen también cualificados de dos modos; lo cual es una excepción aparente de la regla, que no quiere considerar en estos dos elementos un doble carácter, ni ve en ellos una dualidad. Visto según el carácter del Estado unitario, aparece el Estado federal compartiendo la soberanía con sus miembros, y la consideración política de esta relación es la que ha creado la doctrina de la división de la soberanía en el Estado federal. Pero jurídicamente, tan sólo existe en el Estado federal un único poder soberano, cuyas funciones se completan por las de los poderes no soberanos. La totalidad de las funciones políticas necesarias en una época dada es satisfecha por ambos poderes del Estado obrando conjuntamente, y así desaparece la anormalidad que podría encontrarse en la dualidad de las propiedades de territorios y pueblo en el Estado federal.

Esta dualidad de los elementos políticos puede ser cambiada en una unidad completa para determinados aspectos de la vida del Estado federal. El territorio americano de la federación, el imperial de la Alsacia-Lorena, no son Estados, sino países sometidos a la dominación soberana del Estado federal, pues el poder de los Estados particulares que se añade en estos territorios como complemento del poder del Estado federal es ejercitado en ellos en nombre del poder central mismo; no representan, desde el punto de vista del derecho político, una clase de condominio de la totalidad de los Estados miembros, sino que se encuentran sometidos a la unidad del poder central.

Si el Estado federal es soberano, no hay límite alguno respecto a la extensión de su competencia frente a los Estados miembros. Ésta puede extenderse hasta la supresión del carácter del Estado particular, y, por tanto, hasta llegar a transformar el Estado federal en unitario.[57] Se necesita para esto no pensar en los casos, apenas posibles políticamente, en que los poderes de los Estados miembros serían absorbidos mediante un golpe de Estado por el poder central.[58] Pero no deja de ser posible que

[57] Véase Jellinek, *Lehre von den Staatenverbindungen*, pp. 304 y ss. La cuestión, casi exclusivamente, ha sido planteada por lo que respecta al Estado alemán. Véase especialmente Haenel, *Studien*, I, p. 177, y *Staatsrecht*, I, pp. 779-793; Laband, I, p. 117. La supresión de la república federal está prohibida en la Constitución del Brasil, art. 10. § 4°; Le Fur, *op. cit.*, p. 740, n. 2. Hay en América hoy escritores que ponen en cuestión ya el carácter estatista de los Estados miembros. (Véase capítulo XIV.)

[58] Contra estos casos, que no tienen valor práctico, se han dirigido las observaciones de muchos escritores que han querido mostrar la inadmisibilidad jurídica de la transformación de la confederación en un Estado unitario Así por ejemplo, M. Huber, *Die Entwicklungsstufen des Staatsbegriffes*, edición separada, publicada en el *Zeitschrift für schweiz Recht*, 1903, pp. 16 ss., y Seydler, *Jurist. Kriterium*, p. 81, parten de la conciencia jurídica para probar la imposibilidad de anular jurídicamente el Estado federal; pero ¿y si los fundamentos psíquicos de un Estado de esta naturaleza cambian? ¿Es que un pueblo que tendiese hacia el Estado unitario habría de conservar de un modo permanente y para siempre la forma federal en que inicialmente hubiera inspirado la organización del Estado? No se puede

lentamente, y por un procedimiento de transformación constitucional, se vaya transformando cada vez más la cualidad de los Estados miembros, de modo que a la postre, considerado desde un punto de vista jurídico, no se les pueda asignar el nombre de Estados. Pueden existir, por ejemplo, tipos constitucionales mediante los cuales sea preciso someter los Estados miembros a todas las modificaciones de la Constitución del Estado federal, la cual puede ser exigida a todos los gobiernos que se vayan sucediendo en los Estados. En los federales republicanos existen de hecho instituciones que sólo necesitan ser desarrolladas para que la federación se transforme enteramente, sin notarlo, en un Estado unitario.[59]

Pero sería completamente inadmisible partir de esta posibilidad abstracta para deducir un sometimiento total, existente ya, de los Estados miembros a la voluntad del Estado federal, pues también este derecho potencial del Estado existe con respecto al individuo, y no obstante, nadie podría afirmar que seamos, por esta razón, esclavos del Estado, y carezcamos completamente de personalidad o la poseamos a título de precario. Las relaciones del poder federal con los Estados miembros necesitan más bien ser juzgadas según el punto de vista de la competencia actual y no según la competencia potencial de la federación. Aquéllas significan, por lo común, un concepto auxiliar para justificar el principio jurídico de que no existen limitaciones de derecho para cualquier clase de modi-

aprisionar la historia por una suerte de legitimismo federal. Zörn, *Staatsrecht*, I, pp. 136 ss., declara la existencia de los Estados particulares, en tanto en cuanto fundamentos del imperio, enteramente intangibles, y Rehm, *Staatslehre*, p. 170, parte del carácter federal del imperio para considerar necesario el acuerdo de los gobiernos federales para toda transformación; pero no ofrecen ningún medio para proteger al imperio contra una transformación histórica lenta, que sin duda alguna puede desarrollarse en forma jurídica.

[59] Con respecto al imperio, afirma G. Meyer, pp. 593 ss., que existen limitaciones referentes a las modificaciones de la Constitución, que obedecen a los fundamentos contractuales del imperio. Pero como en éste no existe poder alguno capaz de declarar que no es válida una ampliación de la competencia del imperio que se lleve a cabo en forma legal, este principio resultaría, si se conviene en él, sólo una *lex* imperfectísima. La cuestión de si un Estado particular puede ser excluido del Estado federal, suprimido o tratado de un modo más desfavorable que los restantes Estados miembros, es una cuestión que ha de ser contestada teniendo en cuenta el derecho de cada Estado particular de la federación. En los Estados Unidos, por ejemplo, hay disposiciones según las cuales ninguno de ellos puede ser privado sin su consentimiento de un derecho igual de voto en el senado (Constitución, art. 5°), y también se dice que una fusión y separación de los Estados miembros sólo puede tener lugar mediante el consentimiento de las legislaturas de los Estados en cuestión y la confirmación del congreso, todo lo cual significa una protección efectiva de la existencia de los Estados miembros de la federación. Por esto, después de haberse terminado la guerra de secesión de la Unión no quedaba otra cosa que asegurar a los Estados rebeldes, al restablecerse la situación de paz, sus derechos anteriores. Pero donde no existen aquellos medios de protección de los Estados miembros, no es posible derivar de la naturaleza del Estado federal ningún principio jurídico que asegure a los Estados miembros en particular su existencia en la federación. Prácticamente esta cuestión sólo puede presentarse en el caso de una guerra interior, o en el de participación de un Estado miembro en una guerra internacional contra el Estado federal.

ficación constitucional del Estado federal. En los Estados federales más importantes contemporáneos, el imperio alemán y los Estados Unidos de América, es muy poco probable que en un tiempo próximo se lleven a cabo limitaciones jurídicas de la esfera de los Estados. La idea federalista se equilibra tanto más con la unionista cuanto que ningún partido político reclama seriamente una vigorización del poder federal mayor de la que nace de las instituciones federales conforme a la Constitución. En Alemania, los intereses comunes de la dinastía dominante y las inclinaciones del pueblo, intereses e inclinaciones que coinciden, protegen de una centralización excesiva. Más que el fortalecimiento del imperio, lo que se comprende que crezca y medre es el influjo de Prusia sobre los demás Estados, a causa de las relaciones políticas de poder. Pero esto queda fuera de la esfera jurídica del imperio, y no indica una extensión progresiva del derecho prusiano en la organización de aquél. En lo que a la Unión norteamericana respecta, el Estado unitario queda fuera de toda posibilidad histórica, no sólo a causa del proceso evolutivo de dicha federación, sino en razón de la extensión y variedad de sus miembros.

Del mismo modo que es posible jurídicamente, mediante un cambio de la Constitución federal, disminuir la esfera del Estado miembro, también lo es el extender esta esfera, aun cuando sólo sea probable que esto se haga, políticamente, dentro de límites muy estrechos, a menos que las circunstancias históricas empujasen hacia una disolución de la federación.

Si se considera la unión de los Estados de naturaleza política desde un punto de vista histórico político, resulta que su única forma normal y sana es la del Estado federal. Las uniones político-internacionales tienen la naturaleza incierta que nace de que todos los pactos internacionales sean de carácter político. La confederación de Estados es débil interior y exteriormente. Las uniones reales, más duraderas políticamente, están expuestas a las luchas que tienden a la disolución de la unión, y todas las demás uniones internacionales son, atendiendo a su tendencia, de naturaleza contingente, pues conducen al Estado unitario o a la disolución de la asociación. El Estado de Estados no es actualmente una formación normal, sino, como lo muestra la historia moderna del imperio turco, un estadio en el proceso de descomposición de un Estado que se arruina. El Estado federal, por el contrario, puede ser la forma permanente de la vida común de una nación, de una variedad de naciones, o de partes de éstas unidas por una suerte común. Un gran imperio, especialmente, podrá desarrollarse más vigorosamente y con más facilidad mediante una forma federal que mediante una forma de Estado unitario, por muy descentralizado que éste sea. Por eso está reservado al Estado federal un gran papel en las futuras formaciones del mundo de los Estados civilizados.

Hoy mismo, es ya la forma dominante en el continente americano. El imperio británico no podrá conservar de un modo permanente sus colonias si no llega a realizar la idea de la federación imperial, aun cuando hoy, política, si no jurídicamente, presenta el carácter de un Estado federal, aunque todavía muy débil. El mundo germánico, que ya ocupa hoy una situación preeminente en el sistema de los Estados y aún habrá de gozarla en más alto grado en el futuro, está llamado por la historia a elevar el Estado federal a la forma normal de la existencia política de sus pueblos. Actualmente sólo pequeños Estados germánicos, tales como los Países Bajos y Dinamarca, no ostentan una fórmula federal o no intentan alcanzarla. Es verdad que Noruega ha roto el lazo que la unía hasta ahora con Suecia; sin embargo se puede esperar para el futuro una unión más estrecha entre los Estados del Norte. La idea federal se ha realizado ya en el imperio alemán, en Suiza y en la Unión norteamericana, en tanto que Inglaterra intenta transformar sus colonias germánicas en Estados y hacer de ellos más tarde miembros de la federación.

Con el progreso de la idea del Estado federal se transformará también en el curso de la historia la situación de los Estados pequeños y medianos, quienes se verán precisados a incorporarse a otros mayores; sólo de este modo puede quedar garantida su existencia para el mañana. Éste es el privilegio inmenso que alcanza un pequeño Estado al entrar a formar parte de un Estado federal: que su existencia, hasta entonces incierta, quede garantida de un modo permanente contra todo ataque exterior. Es verdad que un Estado federal puede transformarse en unitario si todos los Estados miembros pierden su carácter de tales; pero ningún Estado particular puede perder su carácter de Estado contra su voluntad. Si bien jurídicamente no es esto imposible, políticamente es casi irrealizable; lo que, como ya hemos dicho, ha mostrado de una manera clara la Unión americana, la cual, después de sometidos en la guerra de secesión los Estados rebeldes, hubo de aceptarlos de nuevo en el seno de la federación en las mismas condiciones en que antes estaban.

XXII. LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PÚBLICO

Todo derecho es derecho positivo. La validez o positividad de un derecho necesita ser garantida de algún modo; esto es: es preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformarse, de exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas. Claro es que no es posible una absoluta certeza de que esto no sucederá así, porque la certeza absoluta en las instituciones humanas, siempre defectuosas, no existe. Además, no cabe previsión frente a las fuerzas históricas que dominan a la misma organización del derecho. Contra la corriente de la historia universal no se pueden levantar diques eficaces: tal obra humana sería arrollada sin dejar huella.

Las garantías del derecho público son tan distintas como el derecho mismo en cada época de la cultura y en cada Estado particular. Por esto cada organización jurídica tiene en cada época su garantía particular. La exposición detallada de esto y la penetración dentro del problema sólo es posible mediante una doctrina de las instituciones particulares de un Estado concreto en una época determinada.

Una teoría particular del derecho político puede y necesita, para completar su problema, ordenar y exponer en categorías generales los distintos medios que existen para garantir al derecho público.

Como en todo derecho, el derecho público conoce tres clases de garantías: sociales, políticas y jurídicas. No sólo se encuentra el derecho allí donde existen garantías jurídicas, como hemos dicho en otro lugar. Este caso es el del derecho internacional, cuyas garantías son especialmente de naturaleza social y política. Estudiar éstas con detenimiento rebasaría los límites que a una teoría general del Estado impone su problema.

I. Sobre las *garantías sociales* del derecho público, bastarán algunas palabras de referencia a lo que hemos dicho antes. Las grandes fuerzas sociales, religión, costumbres, moralidad social, en una palabra, la totalidad de las fuerzas culturales, de las fuerzas que éstas crean y de los efectos que producen, influyen constantemente en la formación y desarrollo del derecho y aseguran su validez conjuntamente con otras fuerzas. Estas fuerzas son las que limitan más eficazmente cuanto hay de arbitrario en las concepciones jurídicas más abstractas, y determinan, aún más que la voluntad consciente, la vida real de las instituciones políticas y la historia de los Estados. A causa de su naturaleza obran oponiéndose al derecho, y tanto pueden destruirlo como conservarlo. Por lo común, actúan estas

fuerzas de un modo general y no en casos particulares jurídicos; por esto las garantías sociales, aun cuando son capaces por sí solas de asegurar la validez de un derecho, sólo lo garantizan de un modo imperfecto, y, por consiguiente, el derecho mismo resulta imperfecto.

Las garantías sociales jamás han faltado a ninguna organización permanente política. En ellas ha encontrado un límite la arbitrariedad de aquellos gobernantes que se han considerado exentos de toda obediencia a las leyes humanas.

II. Las *garantías políticas* consisten en las relaciones reales de poder entre los factores políticos organizados, a saber: el Estado mismo cuando se trate del derecho internacional; los órganos del Estado si nos ocupamos del derecho político. La garantía política de más importancia en la organización del Estado radica en la naturaleza de la división de poderes, que alcanza su expresión en la organización del Estado.

Tal división de poderes puede ser apetecida precisamente con el fin de garantir al derecho público, y puede conseguir esto mismo meramente mediante su existencia. La necesidad de que una gran parte de cuestiones sean ejecutadas por los funcionarios ha conducido, aun en los Estados absolutos, a una limitación del poder efectivo del príncipe, la cual, tanto podía resultar un medio para conservar el derecho, como producir un resultado exactamente contrario. La división de poderes entre los distintos miembros del Estado se ha considerado en todo tiempo como un excelente medio para garantir el orden, si bien con esta división perseguían otros fines.

Las antiguas repúblicas vieron en la división de las funciones entre sus distintos magistrados, y en la organización de sus relaciones mutuas, un medio para conservar sus instituciones. En el Estado tipo de la Edad Media, la división política de los poderes se obtenía por la oposición entre *rex* y *regnum.* La organización compleja del Estado moderno descansa a su vez en la existencia de competencias diferentes y relativamente independientes entre sí. Esta separación se ha llevado a cabo, en parte, con independencia de toda teoría política. En el continente se ha desarrollado más tarde mediante el influjo de teorías naturales, especialmente de la doctrina de la división de poderes. La creación de órganos particulares para realizar funciones especiales del Estado se propone como fin, sin duda alguna, asegurar mediante esta división de poderes el mantenimiento de la organización del derecho público.[1] La naturaleza de la organiza-

[1] En la teoría, la división de poderes aspiraba sólo a garantir la situación jurídica del individuo. Su fin, según Montesquieu, era la *liberté politique.* La práctica ha hecho otro uso de esta doctrina. Conocida es la separación que se hizo en Francia a partir del año 1790 entre la administración y la justicia, separación que de ningún modo se proponía tan sólo asegurar la independencia judicial, sino que estaba hecha también en interés de la administración respecto de toda fiscalización jurisdiccional.

ción de las autoridades —unipersonales o colectivas—, la autoadministración en sus distintas formas, el asegurar una situación jurídica a los funcionarios técnicos, todo ello tiene consecuencias importantes para el derecho público.

La fijación de otras garantías políticas ha sido considerada en el curso de la historia como de menos importancia. Así sucede con el juramento político prescrito por la ley, que justamente es exigido, la mayor parte de las veces, cuando menos eficacia puede prestar.[2]

Las garantías políticas tienen de común con las sociales no ofrecer una completa seguridad. Al igual que éstas, pueden las garantías políticas producir un efecto contrario del que se proponían. En la creación de la representación del pueblo se vio al comienzo, en el continente, la más segura garantía para la realización del orden jurídico. Pero la historia ha demostrado que la arbitrariedad y la corrupción parlamentarias pueden producir la destrucción del derecho en menor grado que la omnipotencia del príncipe y la burocrática. Especialmente el fenómeno amenazador de la obstrucción plantea el problema de cómo se puede proteger la organización del Estado ante las acciones violadoras del derecho de una minoría parlamentaria. Pero el futuro presenta un difícil problema: la responsabilidad de los miembros de las cámaras por sus acciones anticonstitucionales y el cohonestar esta medida con la independencia de aquéllos.

III. Las *garantías jurídicas* se distinguen de las sociales y políticas en que sus efectos son susceptibles de un cálculo seguro. Lo que puede no serlo es saber si van a ser o no reconocidas en casos particulares, si son suficientes en sus disposiciones concretas, si se les aplicará en todas las circunstancias; pero éstas son deficiencias que acompañan a todo el hacer humano. Ahora bien, corresponde a su naturaleza el servir para asegurar el derecho, y, a causa del encadenamiento de los fenómenos sociales, tienen ellas también sus repercusiones sociales y políticas.

Las garantías jurídicas se dividen en dos grandes categorías: o se proponen asegurar el campo de acción del derecho objetivo, o el del derecho individual, en el que implícitamente va contenido un momento de seguridad para el primero; de suerte que, hablando con más exactitud, de lo que se trata en ellas es de asegurar de un modo preferente el derecho objetivo o el derecho subjetivo.

[2] Una prueba de la transformación que se ha operado en la concepción de las ideas sobre este punto desde mediados del siglo pasado es el hecho de que hoy no presten juramento constitucional ni el emperador alemán ni el presidente de la república francesa. Para el primero lo exigía aún la Constitución imperial de Francfort en su párrafo 190, y para el último, la Constitución de la segunda república de 4 de noviembre de 1848, art. 48. Igualmente los miembros del Reichstag alemán —en oposición a lo que ocurre con los del Landtag— y los de la cámara francesa desde la tercera república, no necesitan prestar juramento ni promesa.

Las instituciones jurídicas mediante las cuales aquellas garantías se obtienen, se dividen en cuatro clases: de fiscalización, de responsabilidad individual, función jurisdiccional y medios jurídicos.

1. La *fiscalización,* esto es, el examen de que son objeto las acciones de los órganos y miembros del Estado, tomando como pauta para ello normas determinadas, puede ser jurídica o política. En este lugar sólo habrá de tratarse lo referente a la fiscalización jurídica, la cual se propone el examen de las cuestiones antes dichas según reglas de derecho.

Esta fiscalización ha alcanzado en el Estado moderno una gran extensión. Se divide en fiscalización *administrativa,* la cual ejercen las autoridades superiores respecto de las inferiores y, en última instancia, el jefe del Estado. A éstas hay que añadir también la que el Estado ejerce sobre las asociaciones dotadas de autonomía administrativa. Además hay fiscalización *financiera,* separada frecuentemente de la administrativa y confiada a autoridades particulares. Se coloca esta fiscalización a menudo dentro de la categoría que sigue, o sea la *parlamentaria,* cuyo poder y ejercicio es distinto en cada Estado. Esta fiscalización se ejerce por la crítica parlamentaria, por medio de interpelaciones, de resoluciones, de la información parlamentaria, de las comunicaciones a la corona; medios todos cuya eficacia real y jurídica depende de la situación concreta de mayor o menor poder que tenga el parlamento. Estos medios tanto sirven para fines políticos cuanto para la fiscalización jurídica. En los Estados de régimen parlamentario se usa un medio de gran importancia, que es el voto de censura; pero, por lo común, sólo atendiendo a razones políticas. Otro tanto acontece con las facultades del gobierno respecto del parlamento, especialmente con el derecho a disolver las cámaras electivas.

2. La *responsabilidad individual* corresponde en el Estado a todo titular de un órgano del mismo que no esté expresamente exento de ella por un principio de derecho; pero esto último sólo es aplicable al monarca, único que no puede estar, como individuo, personalmente sometido a responsabilidad. También las cámaras, en su actividad de órgano colegial del Estado, están libres de responsabilidad. Pero el miembro de la cámara, en su actividad de tal, se encuentra sometido a ella ante el parlamento, aun cuando sea en una forma limitada. Por el contrario, el funcionario es responsable ante el Estado, civil, penal y disciplinariamente, del cumplimiento de su función. Esta responsabilidad la exigen por lo común los tribunales y las autoridades disciplinarias. En muchos Estados es una excepción a esto la responsabilidad de los funcionarios supremos, para juzgar a los cuales se instituye un tribunal especial de Estado, y se concede el papel de acusador al parlamento. Históricamente la institución a que aludimos, tal como hoy se concibe, apareció por vez primera en Inglaterra, si bien otros Estados organizados en brazos o clases tuvieran instituciones

análogas. Allí, como en otros Estados, los altos funcionarios eran llamados ante el más alto tribunal del reino, esto es, la cámara de los lores; pero lo singular era la acusación, la cual hacían los comunes. De este *impeachment* nació más tarde un privilegio para los altos funcionarios que estaban sometidos a él, de suerte que sólo podrían ser perseguidos mediante el mismo. Tal institución fue aceptada en América, pero con modificaciones importantes. Allí el senado es juez, los representantes, acusadores. La sentencia no puede ser sino la destitución del funcionario y la pérdida de los derechos políticos. Para otra pena criminal cualquiera es necesaria la sentencia de un juez ordinario. El sistema inglés y americano del *impeachment* es el fundamento de las leyes modernas de responsabilidad ministerial en el continente, entre las cuales existe una gran variedad. Esta responsabilidad ministerial puede ser tanto política como jurídica. Su valor práctico es muy escaso en los Estados de régimen parlamentario, donde el gabinete puede ser alejado del poder fácilmente por un voto de censura. Su importancia es más de principio que de práctica, a la que no podemos consagrar en este lugar más espacio.

3. La *jurisdicción* es una función del Estado para la protección del derecho en su totalidad. Aquí no tratamos tanto de la jurisdicción formal cuanto de la material. Puede ser ejercida por autoridades que estén organizadas de un modo distinto de como lo estén los tribunales ordinarios. Es esencial a ellas el que se hallen organizadas en una forma legal tal que queden independientes de todo influjo administrativo. Al juez compete el deber de examinar la validez jurídica de las leyes y los reglamentos —lo cual se lleva a cabo de un modo distinto según la organización concreta de cada Estado—, y esto encierra una importante garantía del derecho público. El Estado puede usar de la jurisdicción para hacer decidir sobre cuestiones de derecho objetivo, determinando el papel de cada uno de sus órganos, como sucede en los conflictos de competencia.

En la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público, se ha de ver uno de los progresos más importantes de la construcción del Estado moderno en el curso del siglo XIX. Esta jurisdicción se ha introducido y generalizado sobre todo en la administración, y da lugar, en los distintos sistemas jurídicos, a una infinidad de peculiaridades. Aun cuando se utilice también para la protección del derecho objetivo, es eficaz, sobre todo, como garantía de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.

4. Existen *medios jurídicos* a disposición de los súbditos para que puedan conseguir sus derechos públicos. También es ante ellos civilmente responsable el funcionario, y pueden acusarlo penalmente. Además es responsable el Estado, bien subsidiariamente, bien en el lugar del funcionario, aun cuando respecto a esto existen prescripciones restrictivas. Así como la

exigencia a la protección jurídica es, en general, de naturaleza pública, así también lo es el derecho a presentar acciones contra la administración. Esta exigencia lleva consigo la reclamación contra la administración y el derecho a exigir la protección de los intereses y el respeto a los mismos. No sólo se puede dirigir el individuo a las autoridades administrativas y judiciales para pedir un derecho, sino también a los órganos supremos del Estado, especialmente a las cámaras, en virtud del derecho de petición, cuyo ejercicio pone a éstas en situación de tomar acuerdos para la protección de los derechos individuales frente al gobierno. Este derecho de petición es susceptible de muchas formas. Puede ser considerado como una derivación de la esfera de la libertad individual, cuyo ejercicio, por tanto, no puede ser ni prohibido ni castigado, y puede llevar consigo determinadas exigencias positivas, y en este caso las cámaras están obligadas a tomar en consideración la petición y decidir sobre ellas.[3]

Quien considere el proceso del derecho público, la fijación inequívoca de las garantías y la satisfacción por el Estado de las exigencias individuales que van implícitas en aquel derecho, no podrá menos de pensar, aun cuando tenga duda respecto a la bondad de las cosas humanas, que está reservado al futuro el ofrecer al Estado, y por tanto, a la humanidad, este bien tan difícil de conseguir: la posesión permanente de un orden jurídico inviolable. Con la mirada fija en ese futuro, ponemos fin a este libro.

[3] Véase, por ejemplo, Const. de Sajonia, § 36; Const. de Wurtemberg, § 38; de Baden, § 67, parte 2ª; Baviera, ley de 19 de enero de 1872, 2ª parte, n. 2.

ÍNDICE

Libro Segundo

DOCTRINA GENERAL SOCIAL DEL ESTADO

Libro Tercero

Este libro se terminó de imprimir y encuadernar en el mes de junio de 2004 en Impresora y Encuadernadora Progreso, S. A. de C. V. (IEPSA), Calz. de San Lorenzo, 244; 09830 México, D. F. Se tiraron 2 000 ejemplares.